

Forsvarsanskaffelser; unntaksretten etter EØS- avtalen artikkel 123 i lys av EU-direktiv 2009/81/EC

Kandidatnummer: 688

Leveringsfrist: 25.04.13

Antall ord: 15 246



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Avgrensninger og presiseringer	3
1.3	Rettskilder.....	4
1.3.1	Forsvars- og sikkerhetsdirektivet	5
1.3.2	EØS-avtalen artikkel 123 og EU-traktaten artikkel 346	6
1.3.3	Forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 123 og EU-traktaten artikkel 346 ..	8
1.3.4	Rettspraksis fra EU-domstolen - den rettskildemessige vekten	12
1.3.5	Vurderinger fra EU-Kommisjonen - den rettskildemessige vekten	12
2	ARTIKKEL 123 - GENERELT	14
2.1	EØS-avtalen artikkel 123.....	14
2.1.1	Artikkel 123 a)	14
2.1.2	Artikkel 123 b)	15
2.1.3	Artikkel 123 c)	16
2.2	Praktiseringen av artikkel 346 i EU.....	16
2.2.1	Rettspraksis fra EU-domstolen	17
2.3	Praktiseringen av artikkel 123 i Norge	24
2.3.1	Retts- og nemndspraksis	26
2.4	Oppsummering	29
2.5	Kommisjonens vurdering – bakgrunnen for FSD.....	30
3	FORSVAR- OG SIKKERHETSDIREKTIVET	31
3.1	Formålet med forsvars- og sikkerhetsdirektivet	31
3.2	Anvendelsesområdet.....	32
3.2.1	"1958-listen"	34
3.3	Nye rettslige mekanismer i forsvars- og sikkerhetsdirektivet	36
3.3.1	FSD artikkel 22 – krav til informasjonssikkerhet	36

3.3.2	FSD artikkel 23 – krav til leveringssikkerhet	37
3.3.3	Anskaffelsesprosedyrer	38
3.4	Unntak etter forsvars- og sikkerhetsdirektivet.....	39
4	UNNTAKSRETTEEN I EØS-AVTALEN ARTIKKEL 123 I LYS AV FSD.....	44
4.1	Generelt om unntaksrettens stilling	44
4.2	Generelle begrensninger	46
4.2.1	Proporsjonalitetskravet.....	47
4.3	Artikkel 123 – informasjonssikkerhet og leveringssikkerhet	49
4.3.1	I hvilken utstrekning ivaretar FSD behovet for informasjonssikkerhet?	50
4.3.2	Unntak etter EØS-avtalen artikkel 123 - informasjonssikkerhet	52
4.3.3	I hvilken utstrekning ivaretar FSD behovet for leveringssikkerhet?	56
4.3.4	Unntak etter EØS-avtalen artikkel 123 – leveringssikkerhet	57
4.4	I hvilken utstrekning kan det anskaffes "dual use"-varer med hjemmel i artikkel 123?	61
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	63
6	LITTERATURLISTE	64

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

I 2009 innførte EU et nytt forsvars- og sikkerhetsdirektiv, direktiv 2009/81/EC (heretter FSD). FSD er basert på det alminnelige innkjøpsdirektivet, direktiv 2004/18/EC, men innfører nye regler som skal være særlig tilpasset Forsvarets behov ved offentlige anskaffelser av materiell og tjenester.

Hovedregelen er at anskaffelser til Forsvaret skal gjøres etter det alminnelige innkjøpsdirektivet.¹ Innføringen av FSD innebærer at FSD skal være et nytt standardregelverk for forsvarsanskaffelser.²

EUs alminnelige innkjøpsdirektiv kan fravikes i tilfeller hvor vilkårene i EØS-avtalen artikkel 123 er oppfylt (tilsvarende EU-traktens artikkel 346).³ Bestemmelsen gir den enkelte stat adgang til å fatte tiltak som er nødvendige for statens "vesentlige sikkerhetsinteresser". Innføringen av FSD innebærer ingen endring av EØS-avtalen artikkel 123. Spørsmålet er om adgangen til å unnta anskaffelser etter artikkel 123 vil bli endret.

Forsvarsanskaffelser skiller seg fra øvrige typer anskaffelser på flere områder. For det første vil forsvarsanskaffelser som regel være sensitive og vil derfor holdes hemmelig for å ivareta statens sikkerhetsinteresser.⁴ For det andre er statene ofte den eneste oppdragsgiveren i forsvarsmateriellmarkedet, noe som skaper en markedssituasjon hvor staten ikke trenger å forholde seg til konkurrerende oppdragsgivere.⁵ For det tredje kan forsvarsmateri-

¹ Direktiv 2004/18/EC

² FSD artikkel 2, Guidance Note – Field of application (4)

³ Direktiv 2004/18/EC artikkel 10 og 14

⁴ FSD Fortalen (8), Trybus (2002) s. 693

⁵ Trybus (2002) s. 693

ell være svært avansert og teknisk.⁶ Materiellets spesielle egenskaper tilsier at prisen ofte er svært høy og kontraktene kan gå over lengre tidsrom.⁷

Forsvars- og sikkerhetspolitikk ligger i kjernen av statens suverenitet. Forsvaret vil på bakgrunn av sine sikkerhetsinteresser ofte stille mer omfattende krav til materiellet, enn hva som er vanlig i øvrige statlige anskaffelser. Det er opp til staten selv å vurdere hva den anser som sine vesentlige sikkerhetsinteresser og dette er en vurdering som befinner seg i skjæringspunktet mellom jus og politikk.

Samtidig må medlemslandene ved anvendelse av unntaksretten, balansere statens nasjonale sikkerhetsinteresser og EUs interesser.⁸ Det er treffende uttalt av Erkki Aalto, tidligere "Visiting Fellow" ved EUs institutt for sikkerhetsstudier, at unntaksretten:

"...plays a key role as a balancing mechanism between the interests of the Community and the security interests of the Member States. These two factors make the correct interpretation of the article a sensitive issue".⁹

Balanseringen av statens nasjonale sikkerhetsinteresser og EUs interesser, gjør det utfordrende å vurdere i hvilke situasjoner statene har adgang til å anvende unntaksretten. I Norge har forsvarsanskaffelser enten blitt foretatt etter det alminnelige innkjøpsdirektivet, eller blitt unntatt med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 123. I mangel av et tilpasset regelverk, har statene praktisert unntaksretten i større grad enn det antas at det har vært grunnlag for.¹⁰

⁶ Trybus (2002) s. 693

⁷ The Commissions impact assessment 4.4.1

⁸ Aalto (2008) s. 18

⁹ I.c.

¹⁰ The Commissions impact assessment 3.2.1 Practice, Aalto (2008) s. 21

Flere har uttalt at medlemsstatene har anvendt unntaksretten som en unnskyldning blant annet for å ivareta nasjonal forsvarsindustri. Martin Trybus uttaler blant annet at:

"...Most of them are allies in NATO, they co-operate in most major weapons development programmes, and there is no piece of major defence equipment without foreign components. National security appears to be a mere excuse to protect non-competitive industries."¹¹

Spørsmålet er i hvilken utstrekning EØS-avtalen artikkel 123 kan anvendes etter implementeringen av FSD i Norge. For å besvare dette spørsmålet vil oppgaven ta for seg hvilke mekanismer FSD innfører og om det kan tenkes tilfeller hvor FSD ikke vil være tilstrekkelig for å ivareta Norges vesentlige sikkerhetsinteresser. Dersom FSD er utilstrekkelig er spørsmålet om Norge kan ta i bruk artikkel 123.

1.2 Avgrensninger og presiseringer

Direktives virkeområde skal fungere parallelt med to andre regelverk. For det første vil direktivet grense mot det alminnelige anskaffelsesregelverket, direktiv 2004/18/EC. Denne sontringen vil oppgaven ikke behandle. For det andre vil direktivet grense mot den generelle unntaksretten i EØS-avtalens artikkel 123/ EU-traktaten artikkel 346. Det er denne grensedragningen som vil bli behandlet i oppgaven.

Videre vil oppgaven behandle anvendelsen av artikkel 123 på det EØS/EU-rettslige planet. Således vil eventuelle nasjonale virkninger i Norge ikke bli behandlet. Endelig avgrenses oppgaven mot å behandle Norges adgang til å ta i bruk gjenkjøpsordninger.

¹¹ Trybus (2005) s. 140

I det følgende vil både medlemstater i EU og EFTA bli betegnet som ”medlemsstatene”. I tilfeller hvor det er nødvendig å skille mellom EU- og EFTA-stater, vil det bli særskilt fremhevet. Videre vil både EØS-avtalen artikkel 123 og artikkel 346 i EU-traktaten bli betegnet som "unntaksretten". Hvor det er ulikheter mellom bestemmelsene, vil det bli presisert hvilke av de to bestemmelsene som behandles.

I anskaffelsesretten er rettssubjektene oppdragsgiver (forsvaret) og tilbudsgiver (leverandører). Oppgaven vil vekselvis anvende betegnelsen forsvaret/oppdragsgiver og tilbudsgiver/leverandør.

Nummereringen av EU-traktaten artikkel 346 har blitt endret to ganger. Tidligere hadde bestemmelsen betegnelsen artikkel 229, men nummereringen ble endret med Amsterdam-traktaten i 1999 til artikkel 296.¹² Nummereringen ble i 2009 endret med Lisboa-traktaten til artikkel 346.¹³ I det følgende vil bestemmelsen bli benevnt som artikkel 346.

1.3 Rettskilder

Gjennom EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til et omfattende samarbeid med EU. Avtalen bygger på fire grunnleggende prinsipper, hvor målet er å sikre fri flyt av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital.¹⁴ EØS-avtalen oppstiller også prinsipper om konkurranse, likebehandling og etterprøvbarhet.¹⁵ Prinsippene gjelder også for forsvarsanskaffelser og enhver restriksjon av disse frihetene er i utgangspunktet forbudt.¹⁶ Ubertrettiget anvendelse av unntaksretten vil utgjøre en restriksjon av prinsippene.

¹² Amsterdamtraktaten av 1997

¹³ Lisboa-traktaten av 2007

¹⁴ EØS-avtalen artikkel 1 (2)

¹⁵ EØS-avtalen artikkel 5

¹⁶ Aalto (2008) s. 15

I tilfeller hvor Norge tar i bruk EØS-avtalen artikkel 123, vil det innebærer en fravikelse av EØS-avtalen og dens grunnleggende prinsipper. Unntak må derfor anvendes kun i situasjoner hvor det er nødvendig for å ivareta Norges sikkerhetsinteresser.

1.3.1 Forsvars- og sikkerhetsdirektivet

I 2004 la den EU-Kommisjonen frem "Green Paper" på høring.¹⁷ "Green Paper" var en vurdering av forsvarsmarkedet og praktiseringen av forsvarsanskaffelser i EU.¹⁸ Medlemsstatene sendte blant annet inn høringsinnspill for å bidra i vurderingen. Året etter høringsrunden la Kommisjonen til grunn at det alminnelige anskaffelsesregelverket var utilstrekkelig. Dette gjaldt særlig grensedragningen mellom det alminnelige innkjøpsdirektivet og EU-traktatens artikkel 346. I mangel av et tilpasset regelverk har medlemsstatene benyttet unntaksretten til forsvarsanskaffelser og det er alminnelig antatt at unntaksretten har blitt praktisert i større utstrekning enn det har vært grunnlag for.¹⁹

Kommisjonen igangsatte to tiltak for å møte utfordringene.²⁰ For det første gikk Kommisjonen i 2005 ut med en fortolkningsmeddelelse for å gjøre grensedragningen klarere.²¹ For det andre mente Kommisjonen at det måtte etableres et nytt anskaffelsesregelverk som skulle gjelde på forsvars- og sikkerhetsområdet. To år senere ble det lagt frem et konkret forslag til et forsvars- og sikkerhetsdirektiv. FSD hadde implementeringsfrist 21. august 2011, og alle land i EU har nå implementert direktivet.

¹⁷ Green Paper Defence procurement, COM (2004) 608 final (23.09.2004) (1)

¹⁸ I.c.

¹⁹ Kommisjonens tolkningsuttalelse s. 2 og 3, The Commissions impact assessment 3.2.1 Practice, Aalto (2008) s. 21

²⁰ Aalto (2008) s. 28

²¹ Kommisjonens tolkningsuttalelse

FSD skal være tilpasset for de særlige behov som oppdragsgiveren har i forsvars- og sikkerhetssektoren. Direktivet innfører en rekke tilpassede mekanismer, særlig på området leveringssikkerhet og informasjonssikkerhet, og direktivet legger opp til en adskillig videre adgang for oppdragsgiveren til å velge anskaffelsesprosedyre. FSD vil bli behandlet i kapittel 3.

FSD regulerer offentlige anskaffelser til Forsvaret. Det er klart at FSD faller innenfor EØS-avtalens virkeområde. Norge er derfor forpliktet til å implementere FSD i norsk rett.

1.3.2 EØS-avtalen artikkel 123 og EU-traktaten artikkel 346

EØS-avtalen artikkel 123 og EU-traktaten artikkel 346 gir medlemsstatene adgang til å gjøre unntak fra det alminnelige innkjøpsdirektivet hvor det er nødvendig for å ivareta statenes nasjonale sikkerhetsinteresser. Unntaket etter artikkel 123/346 kan potensielt gjøres for hele EU-traktaten/ EØS-avtalen. Hva som utgjør en stats nasjonale sikkerhetsinteresser vil være basert på statens ulike sikkerhetsbehov.

EØS-avtalen artikkel 123 lyder:

”Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:

- a) som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser;*
- b) som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål;*
- c) som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare*

*for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet.*²²

Den norske utformingen av bestemmelsen tilsvarer i det vesentlige reguleringen i EU-traktatens artikkel 346.

EU-traktaten artikkel 346 lyder:

“1. The provisions of the Treaties shall not preclude the application of the following rules:

(a) no Member State shall be obliged to supply information the disclosure of which it considers contrary to the essential interests of its security;

(b) any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production of or trade in arms, munitions and war material; such measures shall not adversely affect the conditions of competition in the internal market regarding products which are not intended for specifically military purposes.

2. The Council may, acting unanimously on a proposal from the Commission, make changes to the list, which it drew up on 15 April 1958, of the products to which the provisions of paragraph 1(b) apply.”

Når det gjelder hva slags type materiell som faller inn under artikkel 346 viser bestemmelsen til 1958-listen. Listen ble vedtatt av Rådet i 1958 og har ikke blitt endret siden. Det bemerkes at det ikke er vist til listen i EØS-avtalen artikkel 123. Listen oppstiller forskjellig militært materiell og inkluderer:

- “1. Portable and automatic firearms*
- 2. Artillery, and smoke, gas and flame throwing weapons*
- 3. Ammunition for the weapons specified in Articles 1 and 2 above*
- 4. Bombs, torpedoes, rockets and guided missiles*
- 5. Military fire control equipment*

²² I tilfeller hvor Norge unntar anskaffelser etter artikkel 123 vil det interne anskaffelsesregelverket for forsvaret (ARF) komme til anvendelse. ARF er kun en intern instruks og det er lagt til grunn i Høyesterettspraksis at ARF ikke gir rettigheter til anbydere, jf. Rt. 2005 s. 1638, nærmere behandlet i avsnitt 2.2.1.1. Siden ARF er et selvpålagt regelverk vil det ikke påvirke den rettslige adgangen til å anvende unntaksretten.

6. *Tanks and fighting vehicles specifically designed for military use*
7. *Toxic or radioactive agents*
8. *Powders, explosives and liquid or solid propellants*
9. *Warships and their specialist equipment*
10. *Aircraft and their equipment for military use.*
11. *Military electronic equipment.*
12. *Cameras specifically designed for military use*
13. *Other equipment*
14. *Specialised parts and items of material included in this list insofar as they are of a military nature*
15. *Machines, equipment and items exclusively designed for the study, manufacture, testing and control of arms, ammunitions and equipment of an exclusively military nature included in this list.*"²³

Listens betydning for unntaksretten vil bli nærmere vurdert i kapitlene 1.3.3 og 3.2.1.

1.3.3 Forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 123 og EU-traktaten artikkel 346

Unntaksretten i EØS-avtalen artikkel 123 har klare likhetstrekk med EU-traktaten artikkel 346, men på enkelte steder er det ikke sammenfall mellom bestemmelsene. Det er ingen rettspraksis fra EFTA-domstolen om EØS-avtalen artikkel 123. Imidlertid har artikkel 346 i EU-traktaten vært behandlet en rekke ganger av EU-domstolen. For å kunne vurdere om praksis knyttet til artikkel 346 er relevant for Norges fortolkning av artikkel 123, er det hensiktsmessig å se nærmere på forskjellene mellom bestemmelsene. Det er særlig tre forskjeller som er av interesse.

For det første angir EØS-avtalen artikkel 123 at det kan treffes tiltak som angår produksjon av eller handel med "*andre varer*".²⁴ EU-traktaten inneholder ingen tilsvarende henvisning. Utenriksdepartementet har, i en vurdering av forholdet mellom unntaksbestemmelsene, lagt til grunn at henvisningen til "*andre varer*" i artikkel 123 "*synes å ha et videre anvendelses-*

²³ Dette er kun en forkortet variant av listen. For et en mer utfyllende versjon av listen se: Extract from the Council decision 255/58 of 15 April 1958 the 1958-list

²⁴ EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b

område enn TEUV artikkel 346".²⁵ Ordlyden i artikkel 123 er svært vidt utformet og det må i det følgende vurderes om det kan oppstilles begrensninger i ordlydens rekkevidde.²⁶ Så langt kan det legges til grunn at artikkel 123 går lenger enn artikkel 346 hva gjelder hvilke varer som kan anskaffes med hjemmel i unntaksbestemmelsene.

For det andre oppstiller EØS-avtalen artikkel 123 et krav om at handel med eller produksjon av materiell må være "*uunnværlig for forsvarsformål*".²⁷ Et lignende krav oppstilles i EU-traktaten artikkel 346, hvor kravet er "*for the protection of the essential interests of its security*".²⁸ Utenriksdepartementet legger til grunn i sin utredning at uttrykket "*uunnværlig*" i artikkel 123 oppstiller en strengere terskel enn kravet i artikkel 346.²⁹ Videre er det uklart om kravet om "*uunnværlighet*" i artikkel 123 kun gjelder for "*andre varer*", eller om kravet også gjelder for "*våpen, ammunisjon og krigsmateriell*".³⁰ Bestemmelsens kategoriserer materiellgruppene adskilt, noe som kan tale for at kravet kun gjelder for "*andre varer*". Samtidig kan det vanskelig tenkes at våpen og ammunisjon, som anskaffes til forsvar, ikke vil være "*uunnværlig for forsvarsformål*", slik at skranken blir unødvendig for materiell som åpenbart er anskaffet for forsvarsformål.

For det tredje inneholder EU-traktaten artikkel 346 en henvisning til "1958-listen".³¹ Listen angir konkret hva slags materiell som kan unntas etter bestemmelsen og innebærer en presisering av hva som kan forstås som: "*arms, munitions and war material*". I motsetning til artikkel 123s henvisning til "*andre varer*", har artikkel 346 begrenset seg til materiellet

²⁵ Utenriksdepartementets vurdering, (6) punkt: i

²⁶ Se kapittel 3.2.1

²⁷ EØS-avtalen artikkel 123 (1) bokstav b, Utenriksdepartementets vurdering, (6) punkt: ii

²⁸ EU-traktaten artikkel 346 (1) bokstav b

²⁹ Utenriksdepartementets vurdering (6) punkt: ii

³⁰ I.c.

³¹ Rådets avgjørelse 255/58: 1958-listen: dok. 368/58

angitt i listen. Dette taler også for at EØS-avtalen artikkel 123 går lenger enn EU-traktaten artikkel 346.

Samlet sett kan det legges til grunn at EØS-avtalen artikkel 123 har et videre anvendelsesområde enn EU-traktaten artikkel 346.³² Spørsmålet er om forskjellen vil ha noen innvirkning på adgangen til å anvende unntaksretten i EØS-avtalen.

I tilfellene hvor bestemmelsene har et forskjellig anvendelsesområde kan forskjellen medføre at statene praktiserer bestemmelsene ulikt. Ved at EØS-avtalen artikkel 123 ikke viser til 1958-listen, kan dette tilsi at Norge har rettslig adgang til å anskaffe materiell som ikke er oppstilt i listen. I forbindelse med innføringen av FSD vil Norges utvidede adgang til å anvende artikkel 123 kunne medføre at Norge, i motsetning til EU-statene, i mindre utstrekning må anvende FSD. En slik avvikende praktisering vil kunne stride mot formålet med å innføre FSD i både EU og EØS.

Imidlertid er det viktig å presisere at EØS-avtalen er flersidig. I tillegg til at avtalen gjelder internt mellom EFTA-statene, gjelder avtalen også i tilfeller hvor EFTA-statene handler med EU-stater. Det innebærer at EU-stater som handler med en EØS-stat hvor anskaffelsen skal unntas, vil EØS-avtalen artikkel 123 komme til anvendelse. I den grad EØS-avtalen artikkel 123 gir fordeler eller ulemper som ikke følger av EU-traktaten artikkel 346, vil forskjellene være gjensidig i handel mellom EFTA- og EU-stater.

Dersom det tenktes at Norge praktiserer EØS-avtalen artikkel 123 i større utstrekning enn det EU-statene har adgang til etter artikkel 346, kan det på sikt være interessant å se om EU-statene, i sin handel med EFTA-stater, spekulerer i rammene av EØS-avtalen artikkel 123. I så fall vil EU-statens praktisering være et adekvat mottiltak til hva EU anser som en for vid praktisering av artikkel 123 av EFTA-statene. På begge sider vil praktiseringen

³² Utenriksdepartementets vurdering (7)

være et hinder for oppbygningen av et felleseuropeisk forsvarsmarked hvor formålet er at det skal være størst mulig grad av ensartet praktisering.

Finn Arnesen uttaler følgende om ensartethet i EU og EØS: *"En annen sak er at homogenitetsmålsettingen har sine grenser. Dels må hensynet til ensartet praksis avveies mot særtrekk ved EØS-avtalen med hensyn til grad av overnasjonalitet".*³³ Det kan anføres at artikkel 123 nettopp er et slikt særtrekk. For det første er artikkel 123 og 346 bestemmelser som legger opp til at statene selv må vurdere hva som er deres nasjonale sikkerhetsinteresser, noe som vil være forskjellig fra stat til stat. For det andre er det klart at artikkel 123 og 346 er ulike.

Bestemmelsene har også forskjellig bakgrunn. EØS-avtalen artikkel 123 er i det vesentlige en overføring av artikkel 21 i EFTAs tidligere frihandelsavtale med EF (EU).³⁴ Unntaksretten i EØS-avtalen og EU-traktaten har derfor ikke samme bakgrunn, noe som kan tale for at forskjellene i unntaksregelen er tilsiktet.

Det kan legges til grunn at EØS-avtalen artikkel 123 har et videre anvendelsesområde enn EU-traktaten artikkel 346. I kapittel 2.2.1 behandles EU-domstolens rettspraksis knyttet til EU-traktaten artikkel 346. I tilfeller hvor EU-domstolen har vurdert statenes praktisering av artikkel 346, må Norge foreta en konkret vurdering om hvorvidt det er grunnlag for å anvende artikkel 123 i større utstrekning enn det som følger av artikkel 346.³⁵

³³ EØS-rett (2011) s. 224

³⁴ St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 103

³⁵ Guidance notes – Field of application (4)

1.3.4 Rettspraksis fra EU-domstolen - den rettskildemessige vekten

I mangel av saker fra EFTA-domstolen og nasjonale rettskilder om artikkel 123, må det tas utgangspunkt i EU-domstolens rettspraksis og rettskilder om artikkel 346, for å vurdere i hvilken grad Norge kan anvende EØS-avtalen artikkel 123. En slik tilnærming samsvarer med regjeringens synspunkt i St.meld. nr. 38, hvor det ble lagt til grunn at: *"tolkning av artikkel 123 i stor grad vil bygge på de vurderinger som gjøres av EF-domstolen i forhold til Artikkel 296 [nå 346]"*.³⁶

Det må også nevnes at Norge har en plikt, etter EØS-avtalen artikkel 105, til å ha *"en mest mulig lik fortolkning av bestemmelsene i denne avtale og de bestemmelser i Felleskapets regelverk."* Ensartethet mellom EU og EFTA er også sikret ved at EØS-komiteen har en plikt til å arbeide for en lik fortolkning av EØS-avtalen i forhold til EU-traktaten.³⁷

Det er kun EU-domstolen som kan avgjøre saker som er bindende for statene. Kommisjonen uttaler at det er EU-domstolen som skal ha "det siste ordet" ved fortolkningen av EU-traktaten artikkel 346.³⁸

1.3.5 Vurderinger fra EU-Kommisjonen - den rettskildemessige vekten

EU-Kommisjonen er det organet i EU som har utarbeidet mest rettskildemateriale om artikkel 346. Kommisjonens vurderinger er imidlertid ikke bindende for statene, noe som svekker vurderingens rettskildemessige vekt. Det at vurderingene kommer fra EU internt og gir uttrykk for EUs fortolkning av traktaten og direktivet, fører likevel til at vurderingene er av betydning.

³⁶ St.meld. nr. 38 (2006-2007) s. 15.

³⁷ EØS-avtalen artikkel 105 (2) og (3)

³⁸ Kommisjonens tolkningsuttalelse introduction (6)

Kommisjonen skal være "traktatens vokter" og vurdere hvorvidt statene har handlet innenfor unntaksretten.³⁹ Kommisjonen kan for eksempel anlegge traktatbruddsøksmål for EU-domstolen. I forhold til FSD skal Kommisjonen foreta periodisk evaluering av hvorvidt forsvarsmarkedet fungerer slik FSD har til hensikten å regulere.⁴⁰

Av særlig interesse er Kommisjonens "Guidance Notes" som ble utgitt i forbindelse med vedtakelsen av FSD. "Guidance Notes" har til formål å gi utfyllende veiledning utover det som følger av selve direktivteksten i FSD. Når det utstedes nye direktiver vil det være få rettskilder utover direktivet selv. For eksempel vil forarbeider til direktivet bære preg av at de er et utslag av politiske forhandlinger. De gir således ikke et entydig uttrykk for partenes vilje og vil derfor ikke ha særlig rettskildemessige vekt. Det kan stilles spørsmål om hvorvidt Kommisjonens "Guidance Notes" gir større rettskildemessig grunnlag for å vurdere det gjenværende handlingsrommet i artikkel 123/346. Likevel er det viktig å gjenta at det som fremkommer i "Guidance Notes" kun er Kommisjonens oppfatning og ikke rettslig bindende for partene.

³⁹ Georgopoulos (2007), Kommisjonens tolkningsuttalelse introduction (6)

⁴⁰ FSD fortalen (79)

2 Artikkel 123 - Generelt

2.1 EØS-avtalen artikkel 123

Artikkel 123 er en unntaksregel som gir Norge adgang til å gjøre unntak, i form av "tiltak", fra EØS-avtalen. Begrepet "tiltak" i første ledd er en ordlyd som favner vidt. I forbindelse med forsvarsanskaffelser, har ordlyden blitt tolket slik at det kan gjøres unntak fra prosedyrereglene i det det alminnelige innkjøpsdirektivet. Bestemmelsen omtaler ikke anskaffelser, men unntaket, særlig bokstav b, er særlig praktisk for anskaffelser jf. ordlyden "*produksjon av eller handel*". Artikkel 123 oppstiller tre alternativer hvor det kan gjøres unntak.

2.1.1 Artikkel 123 a)

Etter bokstav a kan Norge treffe tiltak som er nødvendig for å hindre spredning av informasjon som er i strid med Norges vesentlige sikkerhetsinteresser. Ordlyden legger til grunn at det ikke er tilstrekkelig at det kun er snakk om sikkerhetsinteresser, men det det må være "*vesentlige*" sikkerhetsinteresser. Ordlyden indikerer en høy terskelen for å kunne påberope seg unntaket.

Spørsmålet er hva som er å anse som Norges vesentlige sikkerhetsinteresser. Ordlyden "*..som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser*" indikerer at det er opp til den enkelte stat å definere hva som er den sikkerhetsinteresser.

Artikkel 123 vil være relevant for anskaffelser til forsvaret hvor informasjonen om materiellet eller tjenesten som anskaffes, er sensitiv.

2.1.2 Artikkel 123 b)

Vurderingstemaet i bokstav b er hvorvidt tiltaket er *"uunnværlig for forsvarsformål"*.

Alternativet oppstiller en adgang til å gjøre unntak for tiltak, herunder produksjon, handel, forskning eller utvikling av *"våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer"*.

Ordlyden *"våpen og ammunisjon"* er typisk militært materiell.⁴¹ Det er kravet *"krigsmateriell eller andre varer"* som kan være utfordrende å fastlegge. I en tolkningsuttalelse fra forsvarsdepartementet uttales det at en snever fortolkning av ordet *"krigsmateriell"* tilsier at det er varer som *"benyttes i selve krigshandlingen"*. Tolkningsuttalelsen legger til grunn at det skal foretas en vid fortolkning av ordlyden, slik at den også inkluderer sivilt materiell dersom materiellet anvendes i en krigssituasjon.⁴² Som lagt til grunn i kapittel 1.3.3 inneholder ikke artikkel 123 en henvisning til "1958-listen". Forsvarsdepartementet uttaler at selv om listen begrenser seg til kun strengt teknisk-militære produkter, vil listen kunne være et moment i en helhetsvurdering.⁴³

Spørsmålet om hvorvidt unntaksretten kan benyttes ved anskaffelse av materiell som både har et sivil og et militær anvendelsesområde (dual-use) behandles i kapittel 2.2.1 og 2.3.1.

Ordlyden *"andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål"* indikerer at det er materiellets formål som er avgjørende. Forsvarsdepartementet legger til grunn i sin tolkningsuttalelse at ordlyden kan forstås slik at det er tale om andre varer enn alternativet krigsmateriell.⁴⁴ Alternativet er en sikkerhetsventil i tilfeller hvor det nødvendige materiellet i utgangspunktet ikke er av militær karakter. Som behandlet i kapittel 1.3.3 favner ordlyden *"andre varer"* vidt.

⁴¹ Forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse s. 3

⁴² I.c.

⁴³ I.c.

⁴⁴ I.c.

Tiltaket som treffes må være *"uunnværlig for forsvarsformål"* og kan heller ikke endre: *"konkurransvilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål"*. Forsvarsdepartementet legger til grunn at: *"Ordlyden fokuserer på virkningen av tiltaket"* og at det er snakk om virkningen i *"det sivile markedet"*.⁴⁵ Unntak må bero på en konkret vurdering hvor det sentrale er etterspørsel for materiellet i et sivil marked.⁴⁶

2.1.3 Artikkel 123 c)

Det siste alternativet i artikkel 123 gir Norge adgang til å gjøre unntak *"i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet."*

Bestemmelsen skal anvendes i tidskrisiske situasjoner hvor Norges sikkerhetsinteresser må legitimerer at det gjøres unntak fra forpliktelsene i EØS-avtalen.

2.2 Praktiseringen av artikkel 346 i EU

EUs medlemsstater bruker årlig rundt 30 milliarder euro på forsvarsmateriell.⁴⁷ Studier har vist at mer enn 50 % av anskaffelser av materiell ble gjort utenom det alminnelige innkjøpsdirektivet, på grunn av unntaksretten i EU-traktaten artikkel 346.⁴⁸ Som tidligere påpekt er det alminnelig antatt at medlemsstatene har praktisert artikkel 346 som en generell unntaksregel, som har kommet automatisk til anvendelse ved kjøp av forsvarsmateriell.⁴⁹

⁴⁵ Forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse s. 4

⁴⁶ I.c.

⁴⁷ EDAs statistikk: http://www.eda.europa.eu/docs/documents/Additional_Defence_Data_2010

⁴⁸ Arrowsmith (2011) s. 281 med videre henvisning

⁴⁹ The Commissions impact assessment 3.2.1 Practice, Aalto (2008) s. 21

Likevel har EU-domstolen og Kommisjonen vært tilbakeholdne med å undersøke og prøve enkeltsaker. Kun en håndfull saker knyttet til praktiseringen av artikkel 346 har blitt vurdert av domstolen. En slik lav prøvingsintensitet kan være begrunnet i at artikkel 346 befinner på et svært sensitivt politisk område, hvor statenes sikkerhetsinteresser må vurderes opp mot EUs økonomiske interesser.

Nedenfor følger en gjennomgang og vurdering av de viktigste sakene fra EU-domstolen frem mot innføringen av FSD. Rettspraksis fra EU-domstolen vil være en sentral rettskilde for å vurdere adgangen til å anvende unntaksretten, formodentlig også etter innføringen av FSD.

2.2.1 Rettspraksis fra EU-domstolen

2.2.1.1 C-222/84 Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Johnston-saken)

Den første saken EU-domstolen behandlet vedrørende unntaksbestemmelser i EU-traktaten, var sak C222/84 Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. Faktum i saken var at en politisjef ved en politistasjon i Nord-Irland innførte regler om adgangen til heltidsansettelse, som forskjellsbehandlet kvinner og menn. Politisjefen mente at flere kvinner i tjeneste ville virke provokativt og resultere i flere angrep på politiet. Spørsmålet var i hvilken utstrekning Storbritannia kunne anvende unntaksreglene, i EU-traktaten, i situasjoner hvor den offentlige orden var truet.

EU-domstolen uttalte at unntaksreglene i EU-traktaten:

“...deal with exceptional and clearly defined cases. Because of their limited character those articles do not lend themselves to a wide interpretation and it is not pos-

*sible to infer from them that there is inherent in the Treaty a general proviso covering all measures taken for reasons of public safety”.*⁵⁰

Domstolen oppstiller her et klart utgangspunkt om at unntaksregler generelt, og for anvendelsen av artikkel 346 spesielt, kun er en begrenset unntaksrett. At domstolen begrenser adgangen til å ta i bruk artikkel 346 til klart definerte og ekstraordinære tilfeller, innebærer en ytterligere innsnevring av adgangen til å ta i bruk unntaksretten. Ordlyden gir imidlertid ikke uttrykk for en slik innsnevring. Rettssetningen om at unntak skal tolkes innskrenkende, har blitt lagt til grunn i nesten alle sakene hvor artikkel 346 har vært behandlet, senest i sak C-615/10, se kapittel 2.2.1.5.⁵¹ En slik entydig praksis fra EU-domstolen taler klart for at domstolens restriktive holdning til unntaksretten vil bli stående, også etter innføringen av FSD.

2.2.1.2 C-414/97 Kommisjonen mot Spania

Sak C-414/97 Kommisjonen mot Spania er en prinsipiell avgjørelse hvor EU-domstolen vurderte flere interessante spørsmål knyttet til fortolkningen av artikkel 346. Hovedspørsmålet i saken var om Spania kunne fjerne merverdiavgift ved import og innkjøp av militært utstyr, som et tiltak for ivareta Spanias sikkerhetsinteresser. Innledningsvis fulgte domstolen opp den generelle vurderingen av adgangen til å gjøre unntak fra EU-traktaten i Johnstonssaken, og tilføyde at unntaksretten ikke skal tolkes utvidende.⁵²

Når det gjaldt spørsmålet om momsfritakelsen var å anse som et tiltak, kom domstolen etter en konkret vurdering til at momsfritakelsen ikke var "nødvendig" for å oppfylle formålet

⁵⁰ Sak C-222/84 premiss 26

⁵¹ Sak C-615/10 premiss 35

⁵² Sak C-414/97 premiss 21

om å beskytte Spanias vesentlige sikkerhetsinteresser.⁵³ Ved at domstolen oppstiller et krav om at tiltaket må være "nødvendig", kan dette forstås slik at det må foretas proporsjonalitetsvurdering.⁵⁴ Proporsjonalitetsvurderingen prøver hvorvidt tiltaket, som staten har iverksatt, har til formål å fremme andre interesser enn de som er oppstilt i artikkel 346, og hvorvidt tiltaket er egnet for å ivareta sikkerhetsinteressene. For å vurdere om hvorvidt statens tiltak går utover sikkerhetsinteressene, må det foretas en proporsjonalitetsvurdering i hver sak hvor statene tar i bruk unntaksretten.⁵⁵

Innføringen av proporsjonalitetskravet innebærer en ytterligere begrensning for statenes adgang til å praktisere unntaksbestemmelsen og er følgelig en av flere begrensninger EU-domstolen kan ta i bruk for å innsnevre statenes praksis. Proporsjonalitetskravet kan derfor ha stor virkning for statene dersom Kommisjonen og EU-domstolen øker prøvingsintensiteten av statenes praktisering av unntaksretten. Det sentrale er at det skal mindre til for at tiltaket er å anse som uproporsjonalt etter innføringen av FSD, fordi FSD skal være et mer tilpasset forsvarsanskaffelser. Proporsjonalitetskravets innhold i lys av FSD behandles ytterligere i kapittel 4.2.1.

I saken mot Spania tok EU-domstolen også stilling til hvem som skal ha bevisbyrden for at tiltaket er nødvendig for å ivareta sikkerhetsinteressen. Domstolen uttalte at Spania: *"has not demonstrated that the exemptions provided for by the Spanish Law are necessary for the protection of the essential interests of its security"*.⁵⁶ At bevisbyrden her antas å hvile på medlemsstaten, har blitt kritisert i juridisk teori fordi det er uklart hvilket rettslig grunnlag som begrunner dette.⁵⁷ På den annen side er det tross alt medlemsstatene som gjør unn-

⁵³ Sak C-414/97 premiss 22

⁵⁴ Aalto (2008) s. 22

⁵⁵ Guidance notes - Field of application (4)

⁵⁶ Sak C-414/97 premiss 22

⁵⁷ Aalto (2008) s. 23

tak fra avtalen, og det er staten selv som vet hvilke tiltak som er nødvendige for å fremme dens sikkerhetsinteresser.

2.2.1.3 T-26/01 Fiocchi munizioni SpA, Lecco mot Kommisjonen

I saken T-26/01 Fiocchi munizioni SpA, Lecco mot Kommisjonen (Fiocchi-saken) hadde Spania gitt statsstøtte til selskapet Empresa Nacional Santa Barbara, som produserte både militært og sivilt materiell. Fiocchi anklaget Kommisjonen for manglende undersøkelse av mulig traktatbrudd av Spania. Kommisjonens undersøkelsesplikt måtte vurderes ut ifra forholdene i statstøttesaken. Saken belyste to viktige sider ved unntaksretten. Det første spørsmålet var hvorvidt det lå innenfor Spanias handlefrihet etter artikkel 346, å gi statsstøtte til det nasjonale selskapet. For det andre, hvorvidt artikkel 346 bokstav b kunne anvendes på materiell som ikke fremkom av 1958-listen.⁵⁸

EU-domstolen uttalte generelt at unntaksretten gjelder for hele avtalen og at formålet med artikkel 346 var å gi statene en viss handlingsfrihet når det gjelder forsvar og nasjonal sikkerhet.⁵⁹ EU-domstolen åpnet for at statene har en vid skjønnsmargin da den uttalte: "*such measures 'as it considers necessary' for the protection of the essential interests of its security, Article 296(1)(b) EC confers on the Member States a particularly wide discretion in assessing the needs receiving such protection.*"⁶⁰ Likevel kom domstolen frem til at statsstøtten gikk utover rammene av artikkel 346 fordi det var en klart hensikt om at unntaket ikke skulle brukes til å gi statsstøtte.⁶¹ Dette gjaldt særlig i tilfeller hvor statsstøtten ble brukt til produksjon av produkter som var oppført på 1958-listen, men som også hadde et

⁵⁸ Se kapittel 1.3.2, sak T-26/01 premiss 57

⁵⁹ Sak T-26/01 premiss 58

⁶⁰ I.c.

⁶¹ ibid. premiss 60

sivilt formål (dual-use).⁶² Dual use materiell er materiell som kan brukes både sivilt og militært, se kapittel 4.4.

Vedørende spørsmålet om artikkel 346 bokstav b omfattet materiell som ikke var oppført på 1958-listen, uttalte domstolen at unntaksretten: *"is not intended to apply to activities relating to products other than the military products identified on the Council's list of 15 April 1958."*⁶³ EU-domstolen legger med dette til grunn at det er kun anskaffelser som fremgår av listen som kan unntas. I utgangspunktet er listen å anse som uttømmende, men Kommisjonen har i sin tolkningsuttalelse lagt til grunn at listen er generisk, noe som innebærer at det også kan anskaffes moderne teknologi. En slik generisk anvendelse av listen kan kun foretas i tilfeller hvor materiellet er *"of purely military nature and purpose"*.⁶⁴

2.2.1.4 C-337/05 Kommisjonen mot Italia (Augusta-saken)

I en sak fra 2005 mellom Kommisjonen og Italia vurderte domstolen den praktiske anvendelsen av artikkel 346. Italia hadde direkte anskaffet helikoptre som skulle brukes både i sivile og militære situasjoner (dual-use). Spørsmålet var om unntaksretten kunne anvendes ved kjøp av "dual-use"-materiell. Det var enighet mellom partene at helikoptrene primært hadde en sivil funksjon og sekundært at de kunne brukes i militære operasjoner.⁶⁵ Domstolen gjentok innledningsvis at unntaksreglene ikke var å regne som et alminnelig forbehold og at unntak kun kan gjøres i klart avgrensede tilfeller.⁶⁶

⁶² Sak T-26/01 premiss 63

⁶³ *ibid.* premiss 61

⁶⁴ Kommisjonens tolkningsuttalelse 3 (2) og (3)

⁶⁵ Sak C-337/05 premiss 47

⁶⁶ *ibid.* premiss 43

Domstolen tolket deretter artikkel 346 og la til grunn at materiellet måtte være beregnet "direkte" for militære formål.⁶⁷ Domstolen uttalte at i tilfeller hvor det militære formålet er usikkert må anskaffelsen heller: "*comply with the rules governing the award of public contracts*" og sa at: "*The supply of helicopters to military corps for the purpose of civilian use must comply with those same rules*".⁶⁸ Av dette kan det slutes at i tilfeller hvor formålet for anskaffelsen er usikkert, må anskaffelsen foretas etter det alminnelige innkjøpsdirektivet. Altså oppstiller domstolen et krav om at hovedformålet må være militært, for at anskaffelsen av dual-use-varer skal regnes inn under artikkel 346. Hvis ikke må staten foreta anskaffelsen etter hovedregelen, det alminnelige innkjøpsdirektivet.⁶⁹

2.2.1.5 C-615/10 Insinööritoimisto InsTiimi Oy

I en fersk rådgivende uttalelse fra EU-domstolen ble "dual-use" problematikken vurdert på nytt. I saken hadde Finland foretatt en anskaffelse av "dreieplattformer" hvor det kunne påmonteres forsvarsmateriell. Dreieplattformene var primært laget for bruk i sivil industri.

I den opprinnelige anbudskonkurransen var fire leverandører invitert til å innkomme med tilbud, i anskaffelsesprosessen "prosedyre med forhandling". Det var ikke foretatt kunngjøring av anbudet. En av leverandørene var finske Insinööritoimisto InsTiimi Oy. Selskapet ble ikke tildelt kontrakten. Insinööritoimisto InsTiimi anførte at plattformen var satt sammen av materialer og systemer som var fritt tilgjengelig på markedet.⁷⁰ Finland anførte på sin side at plattformen var anskaffet for direkte militære formål jf. EU-traktaten artikkel 346 bokstav b.⁷¹

⁶⁷ Sak C-337/05 premiss 47 jf. EU-traktaten artikkel 346 bokstav b

⁶⁸ Sak C-337/05 premiss 47

⁶⁹ Direktiv 2004/18/EC

⁷⁰ Sak C-615/10 premiss 19

⁷¹ *ibid.* premiss 20

Finske myndigheter avgjorde anskaffelsesprosessen ved å unnta anskaffelsen etter EU-traktaten artikkel 346, med den følge at de alminnelige kravene til anskaffelsesprosedyren ikke ble fulgt. EU-domstolen la til grunn samme vurdering foretatt av domstolen i "augusta-saken" og uttalte at statene:

*"...cannot invoke Article 296(1)(b) EC to justify a derogating measure when purchasing material which is certainly for civilian use and possibly for military use."*⁷²

Videre foretok domstolen en prinsipiell vurdering av hvorvidt "dual-use"-varer kunne unntas med hjemmel i artikkel 346 og uttalte:

*"Second, even if a product comes within one or other of the categories of materials included in the Council list of 15 April 1958, that product can, if it has technical applications for civilian use which are largely identical, be considered to be intended for specifically military purposes, within the terms of Article 296 EC, only if such use is not solely that which the contracting authority intends to confer on it but also, ...that which results from the intrinsic characteristics of a piece of equipment specially designed, developed or modified significantly for those purposes."*⁷³

Av dette kan det sluttet at dersom materiellet i utgangspunktet faller inn under artikkel 346, men også har et sivilt anvendelsesområde, kan det kun unntas etter artikkel 346, hvis det var anskaffet for militære formål og materiellet er designet, utviklet eller vesentlig endret for det formålet. I slike tilfeller vil produktet ikke lenger være å anse som "dual-use".⁷⁴

⁷² Sak C-615/10 premiss 39

⁷³ ibid. premiss 40

⁷⁴ http://www.eurozamowienia.pl/wpis,46,ECJ_judgment_in_Insinooritoimisto_InsTiimi_Case_C-615_10_dual-purpose_equipment,en.html

Selv om FSD ikke var innført på tidspunktet da anskaffelsen ble foretatt, viser domstolen til FSDs fortale, hvor det fremkommer at direktivet: *"..includes only equipment which is designed, developed and produced for specifically military purposes."* Likevel skal militært materiell: *"cover products which, although initially designed for civilian use, are later adapted to military purposes to be used as arms, munitions or war material."*⁷⁵ Domstolen viser her til FSDs anvendelsesområde ved dual-use, men og terskelen i tilfeller hvor dual-use materiell skal anskaffes etter artikkel 123/346.

Domstolen konkluderer med at dreieplattformssystemet, som var anskaffet for militære formål, kun vil falle innenfor rammene av artikkel 346 dersom det kan fastslås at systemet kan ha blitt designet og utviklet for militære formål.⁷⁶ Domstolen bemerket at staten må påvise at unndragelsen fra prosedyrereglene er nødvendig for å ivareta statens vesentlige sikkerhetsinteresser.⁷⁷ Slik som i saken *Kommisjonen mot Spania* oppstiller domstolen en proporsjonalitetsvurdering.

2.3 Praktiseringen av artikkel 123 i Norge

I Norge anskaffer Forsvaret varer og tjenester for omlag 16 mrd. kroner årlig.⁷⁸ Fra politisk hold har regjeringen, på lik linje med øvrige EU-land, forsøkt å bygge opp en egen nasjonal forsvarsindustri. Et slikt ønske kom også til uttrykk i regjeringens stortingsmelding i 2006, hvor det ble lagt næringspolitiske målsetninger for samarbeidet mellom staten og norsk forsvarsindustri.⁷⁹ Det er påfallende at regjeringen, i stortingsmeldingen fra 2006, oppstiller

⁷⁵ Sak C-615/10 premiss 42, FSD fortalen (10)

⁷⁶ Sak C-615/10 premiss 44 og 46

⁷⁷ *ibid.* premiss 45

⁷⁸ St. prp. nr 73 (2011-2012) s. 138

⁷⁹ St. meld. nr. 38 (2006-2007) for eksempel kapittel 8

klare målsetninger som ikke er i tråd med EUs holdning til adgangen til å ta i bruk unntaksretten.

Også forut for stortingsmeldingen viser praksis at Norge har anvendt unntaksregelen i vid utstrekning. Flere av de største anskaffelsene forsvaret har foretatt i senere tid, har ikke fulgt prosedyrereglene i det alminnelige innkjøpsdirektivet, ved at det er henvist til EØS-avtalen artikkel 123. Norge har likevel forsøkt å strekke seg etter EU-statene og EU-domstolens praksis, og vurderinger fra EU-domstolen har ved flere anledninger blitt lagt til grunn i Norge.

I Forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse fra 2005, legges det til grunn at unntaksområdet for forsvarsanskaffelser er et komplekst område hvor man i stor grad mangler autoritative rettskilder.⁸⁰ I tolkningsuttalelsen blir det påpekt at artikkel 123 *"ikke gir et generelt unntak for forsvarsanskaffelser"* og at *"vurderingen hvorvidt EØS-avtalen art. 123 kommer til anvendelse er en helhetsvurdering"*.⁸¹ Videre ble det lagt til grunn at *"Forsvaret har bevisbyrden for at unntaksbestemmelsen er gyldig påberopt"*.⁸² Tolkningsuttalelsene viser klare paralleller til EU-domstolens rettspraksis, for eksempel vurderingstema i Johnstonsaken og Kommisjonen mot Spania.⁸³ Av retts- og nemndspraksis omkring praktiseringen av artikkel 123, foreligger det kun et fåtall saker.

⁸⁰ Forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse s. 5

⁸¹ *ibid.* s. 1

⁸² *ibid.* s. 2

⁸³ Sakene C-222/84 og C-414/97

2.3.1 Retts- og nemndspraksis

2.3.1.1 Rt. 2005 s. 1638 "Ponchosaken"

Den eneste saken hvor Høyesterett konkret har behandlet EØS-avtalen artikkel 123, er Rt. 2005 s. 1638 "Poncho-saken". Saken gjaldt innkjøp av verneponchoer til forsvaret. En av tilbyderne, som ikke fikk kontrakten, hevdet at det måtte gjelde ulovfestede regler om anbuds- og forvaltningsrett som tilsa at det måtte legges til grunn et likebehandlingsprinsipp. Spørsmålet i saken var om anskaffelsen av ponchoene kunne unntas, uten å anvende lovfestede eller ulovfestede anskaffelsesregler, etter EØS-avtalen artikkel 123. Forsvarsdepartementet anførte at selv om det fantes ulovfestet anskaffelsesrett, kunne ikke denne komme til anvendelse på unntatte områder da dette ville: *"svekke den praktiske betydningen av unntaket og åpne for rettsliggjøring på et område der det er viktig med stor grad av handlefrihet"*.⁸⁴

I spørsmålet om det kunne gjelde et likebehandlingsprinsipp mente Høyesterett at det på forsvarsområdet måtte gjelde et minimum av likebehandling av konkurrerende leverandører, men uttalte: *"om kravet skal gå like langt som hva som ville fulgt av loven og forskriftene, er imidlertid langt fra opplagt. Jeg viser her til det særlige formålet med unntaket, som blant annet er å sikre Forsvarets handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning"*.⁸⁵ Resultatet ble at innkjøpet kunne unntas anskaffelsesregelverket etter EØS-avtalen artikkel 123. Forsvaret har et eget anskaffelsesregelverk (ARF), som kommer til anvendelse i tilfeller hvor Forsvaret anvender artikkel 123. Høyesterett uttalte at ARF kun var en intern instruks som ikke gir rettigheter til de private.⁸⁶

⁸⁴ Rt. 2005 s. 1638 premiss 20

⁸⁵ *ibid.* premiss 30

⁸⁶ *ibid.* premiss 29

Dommen er et eksempel på hva slags type materiell som Norge tidligere har valgt å unnta, med hjemmel artikkel 123. Høyesterett legger til grunn at verneponchoer faller inn under artikkel 123 uten noen utførlig drøftelse av hvorvidt materiellet bør kunne unntas eller ikke. Det følger av domspremissene at partene var enige om at unntaksretten kom til anvendelse, noe som kan ha hatt betydning for Høyesteretts vurdering av spørsmålet.⁸⁷ Uten å vurdere de nasjonale virkningene av dommen, er det naturlig å anta at nasjonale domstoler vil være restriktive med å innsnevre en statlig skjønnsmargin i en internasjonal traktat.

2.3.1.2 KOFA sak 27/2003 "Feltsykehus"

Klageorganet for offentlige anskaffelser (KOFA) har behandlet flere saker enn domstolene vedrørende EØS-avtalen artikkel 123. I sak 27/2003 "feltsykehussaken" hadde forsvaret anskaffet et feltsykehus uten å følge reglene i det alminnelige innkjøpsdirektivet. Anskaffelsen ble unntatt med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 123. Dette var den første saken som tok for seg "dual-use" problematikken i Norge. Spørsmålet var om feltsykehuset var å regne som materiell som var "uunnværlig for forsvarsformål" og "direkte bestemt for militære formål" jf. EØS-avtalen artikkel 123 (2) bokstav b.

KOFA la til grunn at feltsykehuset var uunnværlig for forsvarsformål og partene var enige om at produktet var bestemt direkte for militært bruk.⁸⁸ Videre uttaler klagenemnda: *"at varer bestemt direkte for militært bruk også har et sivil marked, medfører ikke noen begrensning i mulighetene for å unnta anskaffelsen fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter"*.⁸⁹ Følgelig kom Klagenemnda til at feltsykehuset kunne unntas.

⁸⁷ Rt. 2005 s. 1638 premiss 28

⁸⁸ KOFA sak 2003/27 klagenemndas vurdering (10)

⁸⁹ ibid. klagenemndas vurdering (11)

Klagenemnda vurderte ikke graden av sivilt bruksområde i avgjørelsen, og foretok ikke noen inngående vurdering av hva "*uunnværlig for forsvarsformål*" eller "*direkte for militære formål*" innebærer. Avgjørelsen gir kun en konkret vurdering av en type materiell som faller inn under artikkel 123. Hvis en sammenligner vurderingen gjort av EU-domstolen i Augustasaken, går KOFA langt ved at nemnda uomtvistelig legger til grunn at feltsykehuset kan unntas.⁹⁰ EU-domstolen kom i samme tidsrom til at helikoptre, som også kunne brukes i militære situasjoner, ikke kunne unntas.⁹¹ Imidlertid kan ordlyden i EØS-avtalen artikkel 123, etter alminnelig språkbruk forståes slik at militært materiell som feltsykehus kan unntas.

Som ved Høyesteretts vurdering i Ponchosaken er det naturlig å anta at nasjonale tvisteløsningsorganer vil være tilbakeholdne med å overprøve Norges handlingsrom til å påberope seg artikkel 123.

2.3.1.3 KOFA sak 134/2008 "Ubåt-sonar"

I en sak fra 2008 kom KOFA frem til at et passivt sonarsystem, som var en del av en ubåts våpensystem, utelukkende hadde militær anvendelse, med det resultat at materiellet kunne unntas. I motsetning til feltsykehussaken, er denne nemndsavgjørelsen et klart eksempel på hva som ansees å ligge i kjernen av hvilke typer materiell som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123.

⁹⁰ Sak C-337/05

⁹¹ I.c.

2.4 Oppsummering

Av rettspraksis kan en hente flere viktige krav og vurderinger for å avgjøre i hvilke tilfeller artikkel 123/346 kan anvendes.

Som lagt til grunn i Johnston-saken og en rekke påfølgende saker skal unntaksretten tolkes innskrenkende.⁹² Videre er det statene som har bevisbyrden for at unntaksretten er legitimt påberopt.⁹³ Som lagt til grunn i Spania-saken må unntak være nødvendig ut ifra statenes sikkerhetsinteresser.⁹⁴ Det er særlig proporsjonalitetskravet som kan tenkes å innsnevre statenes handlingsrom, se kapittel 4.2 følgende.

Når det gjelder anskaffelse av dual-use varer legger domstolen til grunn at unntaksretten ikke kan anvendes i tilfeller hvor materiell først og fremst har et sivilt anvendelsesområde, men som også kan brukes militært.⁹⁵ Omvendt, vil materiell som i utgangspunktet faller inn under artikkel 346/123, men som også kan anvendes sivilt, unntas dersom materiellet var anskaffet for militære formål og materiellet er designet, utviklet eller vesentlig endret for det formålet.⁹⁶

Frem til i dag er det ingen avgjørelser fra EFTA- eller EU-domstolen hvor anskaffelsen ble foretatt etter innføringen av FSD. For at statene legitimt skal kunne anvende unntaksretten er viktig at domstolene prøver tilfeller hvor de mener statene anvender unntaksretten i tilfeller hvor anskaffelsen skal foretas etter FSD.

⁹² Sak C-222/84 premiss 26

⁹³ Sak C-414/97 premiss 22

⁹⁴ *ibid.* premiss 22

⁹⁵ Sak C-615/10 premiss 39

⁹⁶ http://www.eurozamowienia.pl/wpis,46,ECJ_judgment_in_Insinooritoimisto_InsTiimi_Case_C-615_10_dual-purpose_equipment,en.html

2.5 Kommisjonens vurdering – bakgrunnen for FSD

Som tidligere fastslått har EU anført at medlemsstatene har praktisert unntaksretten i større utstrekning enn det har vært grunnlag for.⁹⁷ Kommisjonen peker to grunner til dette:

For det første at anvendelsesområdet til artikkel 123/346 er vidt formulert og ikke klart avgrenset. Kommisjonen uttaler at: *"In this consequence, the application of Article 296 TEC remains problematic and varies considerably between Member States"*⁹⁸

For det andre er anskaffelsesregelverket (forut for FSD) dårlig tilpasset forsvarsanskaffelser. Kommisjonen uttaler at: *"The current Public Procurement (PP) Directive ...is considered ill-suited to many defence contracts, since it does not take into account some special features of those contracts. As a result, many Member States are reluctant to use PP Directive for defence equipment, even if the conditions for the application of Article 296 are not met"*.⁹⁹

Disse utfordringene medførte at det ble utviklet et nytt forsvars- og sikkerhetsdirektiv som ble innført i 2009. Det sentrale spørsmålet som må vurderes i det følgende er om FSD vil være et tilstrekkelig regelverk for å ivareta statenes sikkerhetsinteresser og hva som eventuelt vil være det gjenværende handlingsrommet i artikkel 123/346.

⁹⁷ Kommisjonens tolkningsuttalelse s. 2 og 3, The Commissions impact assessment 3.2.1, Aalto (2008) s. 21

⁹⁸ Kommisjonens tolkningsuttalelse s. 2

⁹⁹ ibid. s. 1 og 2

3 Forsvars- og sikkerhetsdirektivet

3.1 Formålet med forsvars- og sikkerhetsdirektivet

Forsvars- og sikkerhetsdirektivet er et av flere tiltak i EUs "sikkerhetspakke". Hovedformålet er å etablere et juridisk rammeverk som vil åpne opp det segregerte forsvarsmarkedet i Europa.¹⁰⁰ Istedenfor å inkludere forsvarsmateriell som en del av EUs indre marked, har medlemsstatene bygget opp 25 nasjonale markeder, for å sikre egen forsvarsindustri.¹⁰¹ Kommisjonen legger til grunn at denne fragmenteringen er et hinder for samarbeid og konkurranse.¹⁰² Studier har vist at mellom 10 til 17 % av budsjettet for forsvarsanskaffelser i Europa, kunne vært spart ved å sentralisere og åpne opp forsvarsmarkedet.¹⁰³ FSD har som målsetning å sørge for at kostnader til forsvarsanskaffelser blir redusert.¹⁰⁴

Kommisjonen uttaler følgende i "Guidance Notes" om anvendelsesområdet og formålet til FSD:

*"In this context, it is important to be aware that EU law now provides through Directive 2009/81/EC, a legal instrument that has been specifically created to meet the specific needs and requirements of defence and security procurement."*¹⁰⁵

Samlet sett skal FSD utgjøre et mer tilpasset regelverk for oppdragsgiverne. De rettslige mekanismene i FSD er utformet på bakgrunn av tilfeller hvor det alminnelige innkjøpsdirektivet ikke har vært ansett å være tilstrekkelige til å ivareta statenes sikkerhetsinteres-

¹⁰⁰ The Commissions impact assessment (1), Aalto (2008) s. 13

¹⁰¹ Aalto (2008) s. 13, 14

¹⁰² Kommisjonens tolkningsuttalelse s.1

¹⁰³ Baudouin Heuninckx (2008) s. 4 med videre henvisning

¹⁰⁴ Fortalen til FSD (6)

¹⁰⁵ Guidance Note – Field of application (4) (2)

ser.¹⁰⁶ FSD innfører blant annet regler som gir oppdragsgiverne større adgang til å stille krav til leveringssikkerhet, informasjonssikkerhet og valg av anskaffelsesprosedyre.

Selv om direktivet ikke innebærer en endring av unntaksretten i EØS-avtalen artikkel 123, er spørsmålet om adgangen til å påberope unntaksretten vil bli endret.¹⁰⁷

3.2 Anvendelsesområdet

Artikkel 2 i FSD angir direktivets anvendelsesområde. I første ledd uttales det at FSD gjelder med forbehold for: *"Articles 30, 45, 46, 55 and 296 [346] of the Treaty."* Ved implementering i Norsk rett vil dette vil også gjelde EØS-avtalen artikkel 123.

FSD artikkel 2 angir to hovedgrupper materiell hvor direktivet kommer til anvendelse.

For det første kommer FSD til anvendelse for kontrakter om levering av *"military equipment"*, hvor også deler og komponenter til utstyret er inkludert.¹⁰⁸ Ordlyden: *"military equipment"* favner svært vidt, og vil i praksis gjelde det materiellet som oppstilles i EØS-avtalen artikkel 123, med unntak av alternativet i artikkel 123: *"andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål"*.¹⁰⁹

Den andre kategorien er *"sensitive equipment"*, så vel som tilhørende deler og komponenter.¹¹⁰ Direktivet legger til grunn at bygge- og anleggsarbeider, samt levering av varer og tjenester, som er: *"directly related to the equipment referred to in points (a) and (b) for any*

¹⁰⁶ Direktiv 2004/81/EF, FSD Fortalen punkt 4

¹⁰⁷ Guidance notes – Field of application (3)

¹⁰⁸ FSD artikkel 2 (1) bokstav a

¹⁰⁹ EØS-avtalen artikkel 123 (1) bokstav b

¹¹⁰ FSD artikkel 2 (1) bokstav b

*and all elements of its life cycle"*¹¹¹, også skal falle inn under anvendelsesområde. Presiseringen tilsier at virkeområdet i FSD er videre enn hva som følger av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 123, hvor det kun er snakk om tiltak som angår produksjon, handel, forskning og/eller utvikling.¹¹²

Med unntak av artikkel 123s henvisning til "*andre varer*" dekker FSD alt materiell som er oppstilt i artikkel 123.¹¹³ FSD inkluderer materiell og tjenester som står i direkte sammenheng med materiellet i artikkel 2 bokstav a og b. Tilsvarende regulering er negativt formulert i artikkel 123 i ordlyden "*ikke er bestemt for direkte militære formål*".¹¹⁴

Innføringen av FSD bærer preg av at EUs intensjon er å begrense statenes adgang til å ta i bruk unntaksretten i artikkel 123/346. I "Guidance Notes" uttaler Kommisjonen følgende om nedslagsfeltet til FSD:

*"It follows that the contract award procedures provided for in Directive 2009/81/EC should be considered as the standard procedures for defence and sensitive security procurement, and that recourse to Article 346 TEUF should be limited to clearly exceptional cases"*¹¹⁵

FSD skal altså være et standardregelverk for forsvarsanskaffelser og skal være utgangspunktet for anskaffelser som statene tidligere anskaffet etter artikkel 123 og 346. Spørsmålet er følgelig hva som er å regne som "*clearly exceptional cases*", herunder hvilke tilfeller hvor FSD ikke er tilstrekkelig til å ivareta statenes sikkerhetsinteresser, med den følge at anskaffelsen må foretas med hjemmel i artikkel 123/346.

¹¹¹ FSD artikkel 2 (1) bokstav c

¹¹² EØS-avtalen artikkel 123 (1) bokstav b

¹¹³ I.c.

¹¹⁴ I.c.

¹¹⁵ Guidance Note – Field of application (4)

Etter innføringen av FSD er det klart at medlemsstatenes mulighet til legitimt å anvende unntaksretten, vil bli innskrenket.¹¹⁶ I de tilfeller artikkel 123/346 blir anvendt av medlemsstatene og praktiseringen blir godtatt av EU-domstolen, vil det utkrystallisere seg "typetilfeller" hvor statene kan ta i bruk unntaksretten.

3.2.1 "1958-listen"

Ved innføringen av FSD har det vært uklart i hvilken grad medlemsstatene må forholde seg til 1958-listen. Utgangspunktet er at anskaffelser av materiellet som er oppført på listen skal foretas etter FSD. Dette kommer klart frem av fortalen til FSD hvor det legges til grunn at anskaffelser av "military equipment" i FSD skal korrespondere med materiell i "1958-listen".¹¹⁷ Det uttales at:

*"... military equipment should be understood in particular as the product types included in the list of arms, munitions and war material adopted by the Council in its Decision 255/58 of 15 April 1958, and the member states may limit themselves to this list only when transposing this Directive."*¹¹⁸

I Guidance Notes bekrefter Kommisjonen at "military equipment" skal korrespondere med materiellet som er oppstilt i "1958-listen", og uttaler:

*"With regard to the supply of military equipment, the material scope of the new Directive is therefore defined on the basis of the same list which also determines the field of application of Article 346 TFEU".*¹¹⁹

¹¹⁶ Se kapittel 4.2.1

¹¹⁷ FSD Fortalen (10)

¹¹⁸ I.c.

¹¹⁹ Guidance Note – Field of application (4) (2)

Denne presiseringen tilsier at materiell som tidligere ble ansett å falle inn under anvendelsesområdet til artikkel 346, nå som hovedregel skal anskaffes etter FSD.

Hva gjelder listens relevans for Norge er spørsmålet om Forsvaret må forholde seg til listen ved anskaffelser etter FSD. Vi står overfor et tilfelle hvor anvendelsesområdet i artikkel 123 og 346 er forskjellig, mens FSD i utgangspunktet skal anvendes likt i både EU og EFTA. På dette området utfordrer FSD ulikhetene i unntaksbestemmelsene.

Et alternativ er å tolke henvisningen til listen slik at Norge må begrense seg til materiell som er oppført på listen ved forsvarsanskaffelser etter FSD. I tilfeller hvor Forsvaret skal anskaffe materiell som ikke er oppført på listen må det vurderes om anskaffelsen skal foretas etter det alminnelige anskaffelsesregelverket. Det som er problematisk er at artikkel 123 åpner for at slikt materiell kan anskaffes etter bestemmelsen, fordi artikkel 123 ikke er begrenset til listen. For å unngå at anskaffelsen må foretas etter det alminnelige anskaffelsesdirektivet, må anskaffelsen foretas etter artikkel 123 fordi FSD ikke kan anvendes. Rettslig sett kan ikke FSD begrense artikkel 123 sitt anvendelsesområde. Dersom vilkårene for å anvende artikkel 123 er oppfylt, kan artikkel 123 anvendes i slike tilfeller.

Selv om det her er en forskjell mellom artikkel 123 og 346, vil Norge i praksis forholde seg til listen så langt det er mulig. Dersom problemet kommer på spissen er det viktig at Forsvaret er bevisst på at det er en forskjell. Samtidig åpner Kommisjonen for at det kan foretas en viss utvidende fortolkning av listen, og listen i seg selv favner vidt.¹²⁰ Dersom Norge tar i bruk artikkel 123 i et tilfelle hvor FSD ikke kan anvendes må avgjørelsen bero på en konkret vurdering ut ifra forholdene i saken, og unntaket må være nødvendig for å ivareta Norges sikkerhetsinteresser.¹²¹

¹²⁰ Kommisjonens tolkningsuttalelse (2) og (3)

¹²¹ Se kapittel 4.2.1

For øvrig bemerkes det at innholdet i listen ikke følger av i artikkel 346, og er kun en avgjørelse fra Rådet.¹²² Listen kan altså endres på samme premisser som den ble laget.

3.3 Nye rettslige mekanismer i forsvars- og sikkerhetsdirektivet

3.3.1 FSD artikkel 22 – krav til informasjonssikkerhet

Informasjonssikkerhet kan betegnes som tiltak som fattes for å sørge for at sensitiv informasjon ikke spres til uvedkommende. FSD ivaretar informasjonssikkerhet på flere måter. Blant annet kan leverandørene pålegges taushetsplikt for sensitiv informasjon som leverandøren får tilgang til i forbindelse med anskaffelsen, jf. FSD artikkel 7.¹²³ Det kan også være et tildelingskriterium etter artikkel 39 og 42.¹²⁴ Særlig innfører FSD en egen bestemmelse om at informasjonssikkerhet kan være et kontraktsvilkår, jf. FSD artikkel 22.

I motsetning til det alminnelige innkjøpsdirektivet, gir FSD artikkel 22 oppdragsgiveren adgang til å stille omfattende krav til informasjonssikkerhet. Kontraktene som inngås i forsvarssektoren kan inneholde informasjon som er sensitiv og hvor informasjonen er gradert. Graderingen går fra begrenset til strengt hemmelig, vurdert ut ifra hvor sannsynlig det er at norske eller alliertes sikkerhetsinteresser vil bli skadet dersom informasjonen blir kjent for uvedkommende.¹²⁵ Kravene til informasjonssikkerhet kan innebære at leverandørene må vise seg skikket til å behandle informasjonen.

Det sentrale er at det alminnelige innkjøpsdirektivet ikke gir forsvarsektoren adgang til å stille omfattende krav til dokumentasjon av leverandørenes håndtering av klassifiserte dokumenter. I den grad Forsvaret ønsket å stille krav til informasjonssikkerhet måtte de tidli-

¹²² Aalto (2008) s. 21

¹²³ Guidance Notes – Security of Information (2) 2

¹²⁴ I.c.

¹²⁵ Sikkerhetsloven § 11

gere benytte EØS-avtalen artikkel 123. Utgangspunktet vil bli at det kan stilles krav til informasjonssikkerhet etter FSD.

Spørsmålet er om mekanismen i FSD artikkel 22 er tilstrekkelig for å ivareta statenes sikkerhetsinteresser slik at det ikke vil være nødvendig å anvende EØS-avtalen artikkel 123. Dette spørsmålet vil bli behandlet i del 4.3.1 og 4.3.2.

3.3.2 FSD artikkel 23 – krav til leveringssikkerhet

Dersom det skulle bryte ut krig er det avgjørende at staten har tilgang til tjenester og materiell som er nødvendig for å opprettholde militær kapasitet over tid. Kommisjonen uttaler at: *"Security of Supply is crucial, particularly in times of crisis, when reliable and in-time delivery can literally be vital."*¹²⁶

FSD ivaretar leveringssikkerhet ved at leveringssikkerhet både kan anvendes som kriterium for utvelgelse i artikkel 39 (2) bokstav d, eller et tildelingskriterium i artikkel 47 (1). Særlig innfører FSD en egen bestemmelse om leveringssikkerhet hvor statene gis adgang til å stille omfattende krav til leveringssikkerhet, jf. artikkel 23.¹²⁷

Oppdragsgiveren kan blant annet stille krav til at leverandøren dokumenterer, på en tilfredsstillende måte, at han vil være i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.¹²⁸ Andre krav kan være at oppdragstakeren må godtgjøre at kontrakten kan oppfylles selv om etterspørselen økes, det oppstår en krise, materiellet må moderniseres/endres/vedlikeholdes eller det kommer endringer i leverandørens forsyningskjede.¹²⁹ Dersom slik dokumentasjon av-

¹²⁶ Guidance notes – security of supply (1)

¹²⁷ *ibid.* (6)

¹²⁸ FSD artikkel 23 bokstav a

¹²⁹ *ibid.* bokstav c, d og e

kreves, vil det gi oppdragsgiveren et bredere vurderingsgrunnlag før kontrakten tildeles en leverandør.

Som under leveringssikkerhet er spørsmålet om mekanismen i FSD artikkel 23 er tilstrekkelig for å ivareta statenes sikkerhetsinteresser slik at det ikke vil være nødvendig å anvende EØS-avtalen artikkel 123. Dette spørsmålet vil bli behandlet i del 4.3.3 og 4.3.4.

3.3.3 Anskaffelsesprosedyrer

Sammenlignet med det alminnelige anskaffelsesdirektivet vil FSD gi oppdragsgiverne større valgfrihet ved valg av anskaffelsesprosedyre. Utgangspunktet i offentlige anskaffelser er at det skal anvendes såkalt "åpen eller begrenset anbudskonkurranse", da dette er prosedyren som i størst grad konkurranseutsetter anskaffelsen og harmoniserer med kravet til konkurranse i EU.¹³⁰ Tidligere ville oppdragsgivere i Forsvaret ha anvendt EØS-avtalen artikkel 123, dersom de ønsket en annen anskaffelsesprosedyre eller det ble foretatt en direkte anskaffelse. FSD gir imidlertid oppdragsgiveren mulighet til å velge mellom prosedyren "begrenset anbud", eller "konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring" – uten at det gis en særskilt begrunnelse.¹³¹ Selv om FSD gir Forsvaret flere anskaffelsesprosedyrer å velge mellom, vil bruken av anskaffelsesprosedyrer i FSD innebære en viss eksponering av anskaffelsen.¹³²

¹³⁰ FOA § 14-1

¹³¹ FSD artikkel 25 (2)

¹³² Se kapittel 4.3.2

3.4 Unntak etter forsvars- og sikkerhetsdirektivet

Innledningsvis påpekes det at EU-domstolens praksis om at unntak fra primære EU-regler generelt skal tolkes snevert, også gjelder for unntak i EUs sekundærlovgivning.¹³³ Unntak fra FSD skal derfor tolkes snevert.

FSD artikkel 13 bokstav a - j angir konkret hvilke kontrakter som skal unntas fra FSD. Flere av unntakene i FSD sammenfaller med anvendelsesområdet i EØS-avtalen artikkel 123. Det interessante er om det kan sies å være forskjellige rettsvirkninger i forhold til hvilken unntaksregel som kommer til anvendelse. Det kan tenkes to løsninger hvor det er sammenfall mellom unntaksreglene.

I det ene tilfellet vil unntak fra FSD ha samme rettsvirkning som unntak etter EØS-avtalen artikkel 123, med den følge at EØS-avtalen og de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen ikke gjelder. I dette tilfelle blir rettsfølgen at artikkel 123 er unødvendig for unntakene som er regulert i direktivet.

I det andre tilfellet vil FSDs unntaksregler kun gjøre unntak fra prosedyrereglene i FSD. Da vil fortsatt reglene i EØS-avtalen og de grunnleggende EØS-rettslige prinsippene kunne ha en virkning. Dersom rettsvirkningen av å anvende EØS-avtalen artikkel 123 er mer vidtrekkende enn unntakene i FSD, vil Norge fortsatt ha et behov for artikkel 123.

Det må først avklares hvilke av de to unntaksreglene som kommer til anvendelse og deretter hvilken virkning unntaksregelen har.

¹³³ Sak C-337/06 Bayerischer Rundfunk and others vs. GEWA, premiss 64
Guidance Note – Defence- and security-specific exclusions (2) og (10)

Det er få rettskilder som behandler rettsforholdet mellom direktivet og EØS-avtalen artikkel 123. Kommisjonen vurderer forholdet generelt i Guidance Notes, men det gis ingen inngående vurderinger som forklarer hvilken unntaksregel som skal gjelde i konkrete tilfeller. Hvilken unntaksregel som gjelder må derfor bero på en vurdering av forholdet mellom primære og sekundære EU-regler.

Det rettslige utgangspunktet følger av Lex superior-prinsippet. Lex superior-prinsippet innebærer at en trinnlavere regel ikke kan fravike en trinnhøyere regel. Det betyr at sekundærlovgivning fra EU (direktiver), ikke kan fravike primære EU-regler (EU-traktaten).¹³⁴ En fravikelse av utgangspunktet krever særlig hjemmel.

Det følger av ordlyden i FSD artikkel 13 (1) at: *"This Directive shall not apply.."*. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden kan det tale for at unntaksreglene i direktivet kun gjør unntak fra direktivet selv, med den følge at direktivets prosedyreregler ikke gjelder. Antitesen av en slik fortolkning tilsier at EØS-avtalen fortsatt skal gjelde for kontrakter som unntas etter direktivet. Det vil innebære at de generelle prinsippene i EØS-avtalen kommer til anvendelse, selv om anskaffelsen unntas FSD.

Svaret er på ingen måte opplagt. Ovennevnte rettskilder taler for at unntak kan gjøres etter EØS-avtalen artikkel 123, i tilfeller hvor det er sammenfall med anvendelsesområdet i FSD. Det innebærer at i tilfeller hvor FSD gjør unntak, vil fortsatt EØS-avtalen og de generelle EØS-rettslige prinsippene gjelde. Dersom Forsvaret har behov for å gjøre unntak fra hele EØS-avtalen og dens grunnleggende prinsipper, kan Forsvaret ta i bruk EØS-avtalen artikkel 123, forutsatt at de øvrige materielle vilkårene er oppfylt.

I tilfeller hvor FSD oppstiller unntak må Forsvaret vurdere om unntak fra direktivet vil være tilstrekkelig. Et poeng er at i tilfeller hvor direktivet gjør unntak vil det være mindre

¹³⁴ Georgopoulos (2010) NA 3

behov for artikkel 123 fordi prosedyrereglene i direktivet ikke vil gjelde. Likevel kan det tenkes at Forsvaret har behov for å gjøre unntak fra hele avtalen. I slike tilfeller vil FSDs unntak ikke være tilstrekkelig, og Forsvaret må ta i bruk artikkel 123.

Spørsmålet er i hvilke tilfeller FSD gjør unntak der det kan være sammenfall med EØS-avtalen artikkel 123. På følgende områder kan det tenkes sammenfall:¹³⁵

- (a) Disclosure of information
- (b) Intelligence activities
- (d) Contracts awarded in third countries
- (f) Government to government sales

FSD artikkel 13 (1) bokstav a gjør unntak for "disclosure of information", altså kontrakter som vil forplikte en stat til å utlevere opplysninger som, dersom opplysningene gjøres kjent, vil stride med statens vesentlige sikkerhetsinteresser. Unntaket har lik utforming som EØS-avtalen artikkel 123 (1) bokstav a. Kommisjonen legger til grunn at unntaket i artikkel 13 (1) bokstav a var konstruert for sikkerhetsanskaffelser av ikke-militær karakter, fordi fortalen til direktivet i punkt 27 lister opp områder som ikke går under området militær sikkerhet, slik som anskaffelser til bruk i bekjempelse av organisert kriminalitet og antiterror.¹³⁶ Likevel er ordlyden i de to unntakene nesten identisk, noe som taler for at ordlyden også skal omfatte forsvarsanskaffelser. På bakgrunn av ordlyden vil det derfor være naturlig å anvende FSD, og ikke EØS-avtalen artikkel 123 i situasjoner som gjelder "disclosure of information".

For øvrig vil det også gjelde et proporsjonalitetskrav for unntaksreglene i FSD. Kommisjonen uttaler at: *"..the principle of proportionality... in the context of Article 346 TFEU ap-*

¹³⁵ Guidance Note – Defence- and security-specific exclusions (1), FSD artikkel 13 bokstav a, b, d, og f

¹³⁶ Guidance Note – Defence- and security-specific exclusions (9)

plies to Article 13(a) as well."¹³⁷ Det må legges til grunn at proporsjonalitetskravet også gjelder de øvrige unntakene i FSD.

FSD artikkel 13 (1) bokstav b gjør særlig unntak for "contracts for the purpose of intelligence activities". Kommisjonen uttaler at FSD ikke vil være tilstrekkelig for anskaffelser som gjelder etterretningsvirksomhet, og slutter at ordlyden "intelligence activities" favner vidt.¹³⁸ EØS-avtalen artikkel 123 omtaler ikke spesifikt etterretningsvirksomhet, men slike kontrakter antas å ligge i kjernen av artikkel 123. Innføringen av FSD innebærer kun at slike kontrakter i utgangspunktet skal unntas etter FSD og ikke etter artikkel 123.

I artikkel 13 (1) bokstav c gjør FSD unntak fra "contracts awarded in a third country" ved kjøp av sivilt utstyr, når styrker er plassert utenfor EU. Det oppstilles som vilkår at slike anskaffelser må være av "operational needs" fordi det er behov for å kjøpe utstyr i nærheten av der hvor operasjonen finner sted.

Etter artikkel 12 (1) bokstav f unntas kontrakter som tildeles fra en regjering til en annen regjering (såkalt government to government) om salg av for eksempel "brukt" forsvarsmateriell. En forutsetning er at materiellet/tjenesten eies av staten og tidligere har vært igjennom eller vurdert opp imot anskaffelsesreglene. For eksempel vil det være tilfellet dersom Norge videreselger F-16 flyene til en annen stat. Da må det ikke foretas en "ny" vurdering om salget/kjøpet skal følge anskaffelsesreglene.

Unntakene i FSD gjør kun unntak fra reglene i FSD. Det kan tenkes at det gjelder overordnede EØS-rettslige prinsipper som kan komme til anvendelse ved anskaffelsen.

Samlet sett bærer unntaksreglene i FSD preg av å være en noe tilfeldig regulering av hva som skal unntas. Det er påfallende at EU ikke søker å foreta en harmonisering mellom FSD

¹³⁷ Guidance Note – security of supply (26)

¹³⁸ FSD Fortalen (27)

og artikkel 123/346. Noe av grunnen kan være at FSD og unntaksreglene befinner seg på et politisk sensitivt område hvor det ofte vil være interessekonflikter mellom EU og medlemsstatene. I de tilfellene hvor FSD faktisk oppstiller unntak skal medlemsstatene ta i bruk FSDs unntaksregler. Dette følger presumtivt av innføringen av FSD og Kommisjonens vurdering i Guidance Notes.¹³⁹ Dersom unntakene i FSD ikke gir tilstrekkelig unntak fra EØS-avtalen, må det vurderes om EØS-avtalen artikkel 123 skal anvendes.

¹³⁹ Guidance Note – Field of application (4) (4)

4 Unntaksretten i EØS-avtalen artikkel 123 i lys av FSD

4.1 Generelt om unntaksrettens stilling

Som tidligere omtalt vil Lex superior-prinsippet innebære at FSD ikke kan gjøre begrensninger i adgangen til å påberope seg EØS-avtalen artikkel 123.¹⁴⁰

Dette fremkommer også flere steder i FSD. I FSD artikkel 2 legges det til grunn at direktivet skal gjelde med forbehold for EU- traktaten artikkel 346.

I fortalen til direktivet uttales det at:

”Articles ... 296 of the Treaty make provision for specific exceptions... It therefore follows that none of the provisions of this Directive should prevent the imposition or application of any measures considered necessary to safeguard interests recognised as legitimate by these provisions of the Treaty.

This means in particular that the award of contracts which fall within the field of application of this Directive can be exempted from the latter where this is ... necessary for the protection of essential security interests of a Member State.”¹⁴¹

Av denne presiseringen følger det klart at FSD ikke skal hindre at statene tar i bruk unntaksretten hvor det er nødvendig. Unntaksretten i artikkel 123 skal fortsatt kunne påberopes i tillegg til FSD. Det interessante er at denne presiseringen fremkommer i FSD. Siden det er få rettskilder som gir veiledning om grensedragningen mellom FSD og artikkel 123/346 må presiseringen tillegges vekt.

¹⁴⁰ Georgopoulos (2010) NA 3

¹⁴¹ FSD fortalen (16)

I Norge legger regjeringen til grunn en lignende betraktning. I den nye langtidsplanen for Forsvaret, *Et forsvar for vår tid*, slår regjeringen fast at innføringen av FSD vil *"..begrense mulighetene til å unnta forsvarsanskaffelser fra EØS-avtalens generelle bestemmelser om blant annet ikke-diskriminering og likebehandling..."*¹⁴² Selv om FSD vil innebære en begrensning fremhever regjeringen at: *"unntak vil fortsatt kunne gjøres i anskaffelser der det foreligger vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser"*.¹⁴³ I fortalen bemerkes det at: *"National security remains the sole responsibility of each Member State"*.¹⁴⁴ Dette kan tolkes slik at Norge har ansvaret for å definere hva som er Norges nasjonale sikkerhetsinteresser.

Som eksempel på nasjonale sikkerhetsinteresser nevnes de sikkerhetspolitiske målsettingene som ble lagt til grunn i langtidsplanen for forsvaret.¹⁴⁵ For det første er det et mål å *"forebygge krig og fremveksten av ulike trusler mot norsk og kollektiv sikkerhet"*.¹⁴⁶ For det andre er det et mål å *"ivareta norsk suverenitet, norske rettigheter, interesser og verdier og beskytte norsk handlefrihet overfor politisk, militært og annet press"*.¹⁴⁷ For det tredje er det et mål å *"sikre samfunnet mot anslag og angrep fra statlige og ikke statlige aktører"*.¹⁴⁸ Det er også oppstilt mål om videre fredsutvikling i regi av FN og samarbeid med NATO, noe som viser at norske nasjonale sikkerhetsinteresser også har en side mot internasjonalt samarbeid.¹⁴⁹

For at Forsvaret skal være et egnet middel for å nå sikkerhetsmålene, er det avgjørende at Forsvaret er effektivt med moderne kapasiteter og høy reaksjonsevne.¹⁵⁰ Regjeringen legger

¹⁴² St. prp. nr 73 (2011-2012) s. 139

¹⁴³ *ibid.* s. 139

¹⁴⁴ FSD fortalen (1)

¹⁴⁵ St. prp. nr 73 (2011-2012) s. 12

¹⁴⁶ *I.c.*

¹⁴⁷ *I.c.*

¹⁴⁸ *I.c.*

¹⁴⁹ *I.c.*

¹⁵⁰ *ibid.* s. 1

til grunn at det skal satses på flere høyteknologiske områder, som skal utvikles for å ivareta norske sikkerhetsinteresser, herunder:

- "1) kommando-, kontroll-, informasjons-, beslutningsstøtte- og kampsystemer,*
- 2) systemintegrasjon,*
- 3) missilteknologi, med særlig vekt på bruk i topografisk krevende og kystnære områder, og tilhørende sensorer og ildledningssystemer,*
- 4) undervannssensorer og autonome undervannssystemer,*
- 5) ammunisjon, siktemidler, fjernstyrte våpenstasjoner, rakettmotorteknologi og militære sprengstoff,*
- 6) materialteknologi spesielt utviklet og/eller bearbeidet for militære formål og*
- 7) levetidsstøtte for militære luft- og sjøfartøy."¹⁵¹*

Spørsmålet er om FSD er tilstrekkelig for å ivareta Norges vesentlig sikkerhetsinteresser ved anskaffelser innenfor de høyteknologiske områdene og øvrig materiell og tjenester.

4.2 Generelle begrensninger

For at anskaffelser skal kunne unntas etter artikkel 123, må de materielle vilkårene i bestemmelsen være oppfylt. Forsvaret må foreta en konkret fortolkning av om tiltaket faller innenfor virkeområdet i artikkel 123.¹⁵² Som omtalt i kapittel 2.4, har EU-domstolen oppstilt tre generelle begrensninger for at 123/346 skal kunne anvendes.

For det første har EU-domstolen lagt til grunn at artikkel 123/346 er en generell unntaksregel som kun skal anvendes i klart avgrensede tilfeller.¹⁵³ I forbindelse med innføringen av

¹⁵¹ St. prp. nr 73 (2011-2012) s. 139

¹⁵² Guidance notes – Field of application (4)

¹⁵³ Case C-414/97

FSD ble samme utgangspunkt lagt til grunn av Kommisjonen i Guidance notes.¹⁵⁴ På bakgrunn av rettspraksis er det med dette alminnelig antatt at Forsvaret må foreta en restriktiv fortolkning i tilfeller hvor unntaksretten skal anvendes.

For det andre har EU-domstolen lagt til grunn at statene har bevisbyrden for at unntaksretten er gyldig påberopt. Det er følgelig Norge som har risikoen dersom Forsvaret ikke kan godtgjøre at det var nødvendig å ta i bruk unntaksretten.

For det tredje følger det av EU-domstolens rettspraksis, at det må vurderes om tiltaket er egnet for å ivareta den nasjonale sikkerhetsinteressen. Tiltaket må være proporsjonalt.¹⁵⁵ Det er særlig proporsjonalitetskravet som vil ha innvirkning på statenes adgang til å ta i bruk unntaksretten i artikkel 123/346 etter innføringen av FSD.

4.2.1 Proporsjonalitetskravet

Proporsjonalitetskravet gir domstolen adgang til å balansere EUs interesser mot statenes nasjonale sikkerhetsinteresser, i det indre marked.¹⁵⁶ Utover praksis i EU-domstolen har proporsjonalitetskravet blitt fastslått og videreutviklet i både teorien og av Kommisjonen.

I kommisjonens tolkningsuttalelse fra 2005 legges det til grunn at proporsjonalitetskravet innebærer at det må foretas en "tretrinns"-vurdering, som på norsk kan oversettes slik:

1. Hvilke vesentlige sikkerhetsinteresser er berørt?
2. Hva er forbindelsen mellom sikkerhetsinteressen og den spesifikke innkjøpsbeslutningen?

¹⁵⁴ Guidance Note – Field of application, part 4,

¹⁵⁵ Case C-414/97 premiss (22)

¹⁵⁶ Trybus (2002) s. 697

3. Hvorfor er det av hensyn til nasjonale sikkerhetsinteresser nødvendig i dette tilfelle å gjøre unntak fra det alminnelige innkjøpsdirektivet?¹⁵⁷

Tolkningsuttalelsen er fra 2005 og relaterer seg til det alminnelige innkjøpsdirektivet. I Guidance Notes følger Kommisjonen opp vurderingen i relasjon til FSD. Kommisjonen uttaler at medlemsstatene:

*"...must ensure and, if necessary, be able to demonstrate that the concrete measure taken is objectively for the protection of the essential security interest identified and that, in qualitative and quantitative terms, it does not go beyond what is strictly necessary for that purpose."*¹⁵⁸

Etter Kommisjonens oppfatning må den vesentlige sikkerhetsinteressen, objektivt sett, ikke gå utover det som er absolutt nødvendig. For at det skal kunne vurderes hva som er nødvendig må det foretas en konkret vurdering i den enkelte sak. Både Georgopoulos og Arrowsmith legger til grunn proporsjonalitetsvurderinger som går ut på samme vurderingstema som oppstilt av Kommisjonen.¹⁵⁹

Flere EU-stater legger til grunn at det vil være mindre nødvendig å anvende artikkel 123/346 i lys av FSD. For eksempel har det engelske forsvarsdepartementet utformet en veileder for oppdragsgiverne hvor det uttales at det vil være mindre grunn til å anvende artikkel 346 etter innføringen av FSD.¹⁶⁰ Det presiserer i veilederen at: *"Procurers must apply the procedures set out in the DSPCR [FSD] rather than using the Article 346 TFEU exemptions where those procedures adequately protect the UK's essential security interests."*

¹⁵⁷ Kommisjonens tolkningsuttalelse (5)

¹⁵⁸ Guidance Note – Field of application (4)

¹⁵⁹ Georgopoulos (2007) NA46, Arrowsmith (2011) s. 265 og 272

¹⁶⁰ The Defence and Security public Contracts Regulations chapter 4 (14-17)

Spørsmålet er hvordan proporsjonalitetsvurderingen vil bli endret etter innføringen av FSD.

Innføringen av FSD vil på flere måter innebære en skjerping av proporsjonalitetskravet. FSD går langt for å ivareta statenes sikkerhetsinteresser på områdene leveringssikkerhet, informasjonssikkerhet og valg av anskaffelsesprosedyre. For at Norge skal kunne påberope seg unntaksretten i EØS-avtalen artikkel 123, må FSD ansees utilstrekkelig. Vurderingen om tiltaket er proporsjonalt må foretas konkret fra sak til sak.¹⁶¹ I det følgende vil det vurderes hva som vil være alternativet etter FSD og om FSD kan tenkes å være utilstrekkelig for enkelte typer forsvarsanskaffelser.

4.3 Artikkel 123 – informasjonssikkerhet og leveringssikkerhet

Spørsmålet er hva slags materiell, tjenester eller informasjon som kan unntas med hjemmel i artikkel 123, fordi FSD ikke er tilstrekkelig for å ivareta Norges sikkerhetsinteresser.

I fortalen til FSD legges det til grunn at artikkel 123/346 skal gjelde for *"contracts in the fields of both defence and security which necessitate such extremely demanding security of supply requirements or which are so confidential and/or important for national sovereignty that even the specific provisions of this Directive are not sufficient.."*¹⁶² Etter FSD skal artikkel 123/346 kunne påberopes i tilfeller hvor det stilles svært høye krav til leveringssikkerhet eller informasjonssikkerhet som går utover rammene av FSD.

Etter ordlyden i EØS-avtalen artikkel 123 er vurderingstemaet forskjellig for leveringssikkerhet og informasjonssikkerhet. For leveringssikkerhet er vilkåret at materiellet/tjenesten/informasjonen må være uunnværlig for forsvarsformål, mens for informa-

¹⁶¹ Kommisjonens tolkningsuttalelse (5)

¹⁶² FSD fortalen (16)

sjonssikkerhet er vurderingstemaet om offentliggjøringen av opplysninger vil være i strid med statenes vesentlige sikkerhetsinteresser.

For å vurder om FSD er utilstrekkelig, må det først vurderes hvor langt FSD rekker for å ivareta leveringssikkerhet og informasjonssikkerhet.

4.3.1 I hvilken utstrekning ivaretar FSD behovet for informasjonssikkerhet?

Som omtalt i kapittel 3.3.1, gir FSD statene adgang til å stille omfattende krav til informasjonssikkerhet. Konkret gir FSD oppdragsgiverne adgang til å stille krav til hvilken type dokumentasjon som skal fremkomme i tilbudet fra leverandøren.

I FSD artikkel 22 bokstav a) kan oppdragsgiveren kreve: *"a commitment from the tenderer and the subcontractors already identified to appropriately safeguard the confidentiality of all classified information"*.¹⁶³ Ordlyden *"appropriately safeguard"* kan tolkes slik at oppdragsgiveren kan foreta en subjektiv vurdering av hvorvidt leverandøren, i tilstrekkelig grad, ivaretar kravene til informasjonssikkerhet. Artikkel 22 bokstavene b, c og d retter seg mot krav til underleverandøren og går i det vesentlige ut på det samme som gjelder for leverandøren. FSD gir oppdragsgiveren vid skjønnsmyndighet til å stille krav til ivaretagelse av informasjonssikkerheten for både leverandøren og underleverandøren. FSD gir med dette Norge fleksibilitet slik at Norge kan ivareta behovet for informasjonssikkerhet.

Kravene som kan stilles til leverandøren må sees i sammenheng med oppdragsgiverens valg av anskaffelsesprosedyre. Det er to faktorer som har betydning for hvorvidt den sensitive informasjonen blir eksponert. For det første vil det være av betydning om anskaffelsesprosessen i FSD stiller krav til at anskaffelsen må kunngjøres. For det andre vil graden

¹⁶³ FSD artikkel 22 (2) bokstav a

av konkurranse som anskaffelsesprosessen legger opp til, ha betydning for hvor mange leverandører som får innsyn i informasjon om anskaffelsen.

I utgangspunktet legger FSD opp til at oppdragsgiverne kan ta i bruk ulike anskaffelsesprosedyrer, herunder "begrenset anbud", eller "konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring".¹⁶⁴ Oppdragsgiveren kan også benytte anskaffelsesprosedyren "konkurransepreget dialog".¹⁶⁵ Det sentrale er at oppdragsgiverne kan, dersom vilkårene er oppfylt, også anvende prosedyren: "konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring". Denne anskaffelsesprosedyren vil innebære minimal eksponering av anskaffelsen ved at den ikke blir kunngjort og at kun inviterte leverandører har mulighet til å inngi tilbud. En slik anskaffelsesprosess vil sikre minimal spredning av opplysninger, og sørger likevel for en viss grad av konkurranse mellom de inviterte leverandørene.

Forutsatt at statene oppfyller vilkårene i FSD artikkel 28, vil FSD i stor utstrekning gi statene fleksibilitet for å ivareta informasjonssikkerhet. FSD vil ivareta de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen og stimulere til mest mulig åpenhet og konkurranse.

I tilfeller hvor statene anvender FSD vil det være mer åpenhet rundt Forsvarets anskaffelser. Det er flere hensyn som taler for mer åpenhet.

For det første kan eksponering av Norges militære kapasiteter ha en preventiv effekt. Potensielle fiender kan tenkes å ikke foreta anslag mot Norge fordi de besitter informasjon om kapasitetene og deres stridsevne. I slike tilfeller vil det være i Norges sikkerhetsinteresser å offentliggjøre informasjonen om anskaffelsen, enn å unnta den.

For det andre vet som regel statene hva slags kapasiteter de øvrige statene besitter. For eksempel er det ingen hemmelighet at Norge har anskaffet nye F-35 jagerfly eller besitter

¹⁶⁴ FSD artikkel 25 og 26

¹⁶⁵ FSD artikkel 27

ubåter av typen "ula-klassen". Dette er informasjon som utgis av Forsvaret og ligger tilgjengelig på internett.

For det tredje vil offentliggjøringen av anskaffelsen sørge for mer konkurranse, fordi flere leverandører kan inngi tilbud, noe som medfører at oppdragsgiveren får best mulig materiell og tjenester til best mulig pris.

For det fjerde kan det argumenteres for at informasjon bør offentliggjøres til Europeiske leverandører, fordi det vil være med på å skape mer åpenhet og tillit i det europeiske forsvarsmarkedet. Et slikt samhold er en forutsetning for den videre utviklingen av det felles-europeiske forsvarsmarkedet.

Selv om det foreligger flere hensyn som taler for eksponering av anskaffelsen, og FSD gir oppdragsgiverne vid adgang til å stille krav til leverandøren, kan det tenkes situasjoner hvor FSD ikke er tilstrekkelig for å ivareta informasjonssikkerheten.

4.3.2 Unntak etter EØS-avtalen artikkel 123 - informasjonssikkerhet

Spørsmålet som vil bli vurdert i det følgende er hvorvidt det er situasjoner hvor det kan tenkes at FSD er utilstrekkelig for å ivareta informasjonssikkerheten, med den følge at Norge kan unnta anskaffelsen etter EØS-avtalen artikkel 123. Det bemerkes at hvorvidt unntaksretten kan anvendes beror på en konkret vurdering i den enkelte sak.¹⁶⁶ Samtidig må Forsvaret foreta en proporsjonalitetsvurdering av om unntak er nødvendig.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Guidance notes – security of information (30)

¹⁶⁷ I.c.

I FSD legges det til grunn at det kan foreligge situasjoner hvor FSD ikke strekker seg langt nok for å ivareta statenes behov for informasjonssikkerhet. Det uttales at:

*“Article 296(1)(a) of the Treaty gives Member States the possibility to exempt contracts in the fields of both defence and security from the rules of this Directive if the application of this Directive would oblige them to supply information, the disclosure of which they consider contrary to the essential interests of their security. This can be the case in particular where contracts are so sensitive that their very existence must be kept secret.”*¹⁶⁸

Av dette kan det utledes at unntak etter artikkel 123/346 kan gjøres i tilfeller hvor kontrakten “... *are so sensitive that their very existence must be kept secret.*” Dette innebærer at informasjonen i kontrakten må være så sensitiv at den kun kan eksponeres til leverandøren som blir tildelt kontrakten.

Spørsmålet er om det kan tenkes kontrakter som inneholder informasjon som er “*so sensitive that their very existence must be kept secret.*” Det må derfor drøftes om, det på enkelte områder, skal mindre til for at Norge skal kunne anvende unntaksretten i EØS-avtalen artikkel 123, fordi FSD er utilstrekkelig.

Det første området er informasjon om krypteringsmateriell eller krypteringstjenester. Kryptering anvendes for å hindre at potensielle fiender forstår meningsinnholdet i for eksempel kommunikasjon mellom Forsvarets styrker. Dersom potensielle fiender får kjennskap til Forsvarets krypteringsmetoder, kan fiender hente ut kritisk informasjon som kan anvendes til å svekke Forsvarets funksjonsevne. I fortalen uttales det at FSD vil være utilstrekkelig for blant annet: “*..certain purchases intended for border protection or combating terrorism or organised crime, purchases related to encryption.*”¹⁶⁹

¹⁶⁸ FSD fortalen (20)

¹⁶⁹ *ibid.* (27)

FSD vil derfor være mindre egnet til anskaffelser som gjelder kryptering. Til og med anskaffelsesprosedyren "begrenset anbudskonkurranse uten forutgående kunngjøring", forutsetter at det foreligger en viss grad av konkurranse. Også leverandører som ikke får kontrakten vil få innsyn i hvilke krav som stilles til tjenesten eller materiellet. Ved anskaffelse av krypteringsmateriell eller krypteringstjenester er oppdragsgiveren avhengig av at så få som mulig får innsyn. Dette kan derfor være et område som faller inn under: *"so sensitive that their very existence must be kept secret."* I slike situasjoner skal det derfor mindre til for at Norge kan anvende artikkel 123 fordi FSD er utilstrekkelig for å ivareta informasjonssikkerheten.

Det andre området gjelder kapasiteter som skal brukes for å gi taktiske fordeler i en stridsituasjon. Som eksempel kan det nevnes sensorsystemet på en ubåt eller fjernstyrte våpenstasjoner. I sak 134/2008 fra KOFA ble et passivt sonarsystem, som var en del av en ubåts våpensystem, ansett å ligge i kjernen av artikkel 123. Nemndsavgjørelsen er fra 2008 og tar ikke høyde for FSD. Et moment i vurderingen er at selv om den militære kapasiteten er offentlig kjent, vil som regel de nærmere taktiske fordelene eller spesifikasjonene fortsatt være unntatt offentlighet. For eksempel vet de fleste at Norge har ubåter, men ikke hva slags sensorer ubåten besitter. Etter innføringen av FSD er svaret likevel ikke opplagt. Spørsmålet er hvorvidt FSD tilstrekkelig ivaretar leveringssikkerheten ved denne typen anskaffelser.

Som vurdert under avsnittet om kryptering, må kapasiteten være så sensitiv at prosedyren "begrenset anbudskonkurranse uten forutgående kunngjøring" ikke vil være tilstrekkelig for å ivareta interessene. På den ene siden vil denne anbudsprosedyren kun eksponere anskaffelsen for et begrenset antall leverandører som er utplukket av oppdragsgiveren. Leverandørene vil konkurrere om hvem som leverer best materiell, til best pris. På den andre siden kan kapasitetens sensitive karakter tale for at det kun kan være leverandøren som får kontrakten, som kan få innsyn i anskaffelsen. Slike kapasiteter skal gi taktiske fordeler i en stridssituasjon. De taktiske fordelene kan bli svekket ved at informasjonen spres til flere enn nødvendig. Det kan være en risiko for at slik informasjon kan komme på avveie og

benyttes mot Norge. I slike situasjoner, skal det mindre til for at Norge kan anvende artikkel 123. Imidlertid er løsningen ikke opplagt og anvendelsen av artikkel 123 må vurderes konkret.

Det tredje området er informasjon om materiell eller tjenester, som indirekte vil eksponere informasjon om annet sensitivt materiell. Et eksempel kan være vedlikeholdstjenester av våpensystemene på en ubåt eller kontrakter som har en forbindelse med kryptografisk materiell. Det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt FSD vil være tilstrekkelig. I slike anskaffelser kan Forsvaret risikere at kravene som stilles til materiellet eller tjenesten røper annen sensitiv informasjon. På dette området skal det derfor mindre til for at Norge kan anvende artikkel 123, fordi FSD ikke oppstiller et egnet alternativ.

Når det gjelder materiell og tjenester i forbindelse med etterretning gjør FSD selv unntak for slike anskaffelser, jf. art 13 (1) bokstav b.¹⁷⁰

Etter proporsjonalitetskravet må artikkel 123 kun anvendes i den utstrekning det er nødvendig å gjøre unntak. Kommisjonen uttaler at det for enkelte anskaffelser vil det være mulig å dele opp anskaffelsen slik at bare den sensitive delen unntas med hjemmel i artikkel 123.¹⁷¹ Den ikke-sensitive delen kan deretter anskaffes etter prosedyrene i FSD.¹⁷²

Da vil unntaket være mindre restriktivt og i tråd med proporsjonalitetskravet.¹⁷³

Samlet sett innfører FSD langt på vei et fleksibelt alternativ som sørger for ivaretagelse av informasjonssikkerheten. Ovennevnte situasjoner er eksempler på områder hvor det skal

¹⁷⁰ Se kapittel 3.4

¹⁷¹ Guidance notes - security of information (32) og (33)

¹⁷² I.c.

¹⁷³ I.c..

mindre til for å anvende artikkel 123, fordi FSD kan tenkes å være utilstrekkelig for å ivareta informasjonssikkerheten.

4.3.3 I hvilken utstrekning ivaretar FSD behovet for leveringssikkerhet?

Som omtalt i kapittel 3.3.2, gir FSD statene adgang til å stille omfattende krav til leverings-sikkerhet.

Som under vurderingen av informasjonssikkerhet, oppstiller artikkel 23 a) en adgang for at statene kan stille krav til at leverandøren må dokumentere at: *"the tenderer will be able to honour its obligations"*. Dokumentasjonen må være *"to the satisfaction of the contracting authority/entity"*. Ordlyden legger opp til, som i artikkel 22, at statene har en vid grad av skjønnsmyndighet for å vurdere hvorvidt leverandøren vil ivareta leveringssikkerheten.

Etter bokstav c) kan statene stille krav om at leverandøren må dokumentere: *"..that the organisation and location of the tenderer's supply chain will allow it to comply with the requirements of the contracting authority/entity concerning security of supply set out in the contract documents"*. Altså innfører FSD en adgang til å kreve dokumentasjon som godtgjør at både forsyningskjeden og den geografiske beliggenheten, er slik at leverandøren kan levere i henholdt til oppdragsgiverens krav.

Videre innfører FSD en adgang for oppdragsgiverne til å kreve at leverandøren dokumenterer i tilstrekkelig at kontrakten overholdes ved økt etterspørsel som følge av krise, jf. artikkel 23 bokstav e. Oppdragsgiveren kan også kreve at leverandøren forplikter seg til vedlikehold, modernisering og tilpassing av kontraktsgjenstanden, jf. artikkel 23 (2) bokstav f.

Avslutningsvis gir bestemmelsen rom for å kreve at leverandøren underretter oppdragsgiveren dersom det skulle skje endringer i for eksempel forsyningskjeden som kan påvirke oppfyllelsen av forpliktelsene, jf. FSD artikkel 23 bokstav g.

Samlet sett åpner FSD for at oppdragsgiveren kan stille omfattende krav til leverandøren for å ivareta leveringssikkerheten.

4.3.4 Unntak etter EØS-avtalen artikkel 123 – leveringssikkerhet

Når det gjelder leveringssikkerhet er spørsmålet om det er situasjoner hvor FSD kan tenkes å være utilstrekkelig, med den følge at Norge kan unnta anskaffelsen etter EØS-avtalen artikkel 123.

I fortalen til FSD, uttales det at det kan tenkes tilfeller hvor FSD er utilstrekkelig for å ivareta leveringssikkerheten. Det uttales at:

“...for contracts...which necessitate such extremely demanding security of supply requirements or which are so confidential and/or important for national sovereignty that even the specific provisions of this Directive are not sufficient to safeguard Member States’ essential security interests, the definition of which is the sole responsibility of the member states.”¹⁷⁴

Fortalen kan tolkes slik at FSD åpner for at artikkel 123 kan anvendes i tilfeller hvor FSD ikke er tilstrekkelig fordi det er det må stilles ekstreme krav til leveringssikkerhet. FSD legger således til grunn en høy terskel for at statene skal kunne ta i bruk unntaksretten. Som avklart i forrige kapittel strekker FSD seg langt ved å åpne for at statene kan stille vidtgående krav til leverandøren. Spørsmålet er hvilke tilfeller det kan tenkes at det må stilles ekstreme krav til leveringssikkerhet.

Kommisjonen legger til grunn at det er særlig tre situasjoner hvor artikkel 123 kan være relevant.¹⁷⁵ I disse tilfellene kan det tenkes at det skal mindre til for at artikkel 123 skal være et nødvendig tiltak.

¹⁷⁴ FSD Fortalen (16)

¹⁷⁵ Guidance Note - Security of supply (53)

For det første vil leverandører utenfor Norge være avhengig av autorisasjon fra staten hvor leverandøren holder til, for å kunne levere materiell og tjenester ut av landet.¹⁷⁶ Enkelte typer materiell og tjenester kan være så strategisk viktig for Norges sikkerhet at ekstern statlig godkjenning vil innebære en altfor stor risiko.¹⁷⁷ Kommisjonen uttaler at godkjenning sjelden nektes internt i EU, og unntak etter artikkel 123 er mest praktisk dersom godkjenning nektes ved anskaffelse av svært sensitivt materiell som for eksempel kryptografi, jf. kapittel 4.3.2.¹⁷⁸ Alternativet kan da være å velge en nasjonal leverandør slik at autorisasjon ikke er nødvendig.

Den andre kategorien er anskaffelse av tjenester, som for eksempel vedlikehold, som må foretas i tidskritiske situasjoner.¹⁷⁹ For eksempel vil dette kunne være anskaffelser som må foretas i forbindelse med en invasjon av Norge eller et terrorangrep på norske oljeinstallasjoner. I slike tilfeller kan det for eksempel stilles et krav til responstid for levering av tjenesten. Da vil det være mest hensiktsmessig at leverandøren er lokalisert så nærme som mulig. For å ivareta en tilstrekkelig responstid er det mest hensiktsmessig å gi anskaffelsen til en norsk leverandør eller et utenlandsk selskap lokalisert i Norge.

I utgangspunktet gjelder det et ikke-diskrimineringsprinsipp i EU/EØS, som innebærer at tildeling av kontrakt på bakgrunn av nasjonalitet i utgangspunktet er diskriminerende. Kommisjonen presiserer at: *"the nationality of a supplier or the Member State of establishment of a company cannot be by itself considered as a Security of Supply requirement."*¹⁸⁰

¹⁷⁶ Guidance Notes security of supply (2)

¹⁷⁷ *ibid.* (53)

¹⁷⁸ *I.c.*

¹⁷⁹ *I.c.*

¹⁸⁰ *ibid.* (8)

Som behandlet i forrige kapittel gir FSD artikkel 23 (2) bokstav c adgang til å stille krav til at forsyningskjeden har en geografisk plassering som er tilstrekkelig for å oppfylle oppdragsgiverens krav. Likevel kan ikke artikkel 23 (2) bokstav c tolkes slik at bestemmelsen gir adgang til å stille konkret krav til geografisk plassering. Kommisjonen uttaler at bokstav c må forstås slik at oppdragsgiveren for eksempel kan kreve at materiellet/ tjenesten må kunne leveres innen en viss responstid.¹⁸¹ Altså er det ikke adgang til å stille konkret krav om geografisk plassering. Et slikt krav vil diskriminere ikke-nasjonale leverandører. I tilfeller hvor Forsvaret må velge en leverandør i Norge, vil derfor ikke FSD være tilstrekkelig. Den geografiske plasseringen kan være avgjørende for levering av materiell og tjenester i en krisesituasjon. For eksempel vil det være en fare for stridsevnen å legge vedlikeholdstjenesten av F-16 fly i et annet land, dersom det skulle bli en invasjon. Behovet for tjenesten eller materiellet i umiddelbar nærhet kan derfor tenkes å være et legitimt hensyn. I slike situasjoner, skal det mindre til for at Norge kan anvende artikkel 123.

Den tredje kategorien er anskaffelser av en nasjonal leverandør for å ivareta eller utvikle nasjonal industri, fordi Norge anser det nødvendig for ivareta nasjonal sikkerhet, at Norge ikke er avhengig av en utenlandsk leverandør på et spesifikt område.¹⁸² Kommisjonen uttaler at det i slike tilfeller ikke er den konkrete kontrakten som begrunner unntaket, men utviklingen av en større industriell kapasitet.¹⁸³

I utgangspunktet vil en etablering eller utvikling av en slik industribase være diskriminerende og det er ikke adgang til å tildele kontrakten på bakgrunn av slike hensyn. Videre må Forsvaret kunne godtgjøre at tildelingen av kontrakten ikke skjer på bakgrunn av økonomiske hensyn, som for eksempel for å ivareta norsk forsvarsindustri.¹⁸⁴

¹⁸¹ Guidance Notes security of supply (38)

¹⁸² *ibid.* (53)

¹⁸³ *I.c.*

¹⁸⁴ *ibid.* (54)

Arrowsmith uttaler at bruken av unntaksretten kan gjøres for å ivareta strategisk nasjonal forsvarsindustri, men legitimerer ikke bruk av artikkel 123 for å generelt utvikle norsk forsvarsindustri for å sikre arbeidskraft eller regional utvikling.¹⁸⁵

I langtidsplanen for Forsvaret la regjeringen til grunn at det vil bli tatt initiativ for et slikt samarbeid med norsk forsvarsindustri, på enkelte utvalgte høyteknologiske områder, jf. kapittel 4.1. Det kan argumenteres for at det vil være en fordel å etablere nasjonale høyteknologiske kapasiteter som kun Norge besitter. Slike kapasiteter kan gi strategiske og taktiske fortrinn i en stridssituasjon og vil ivareta målet om å ha et forsvar med moderne kapasiteter.¹⁸⁶ Videre vil etableringen sørge for at Norge på utvalgte områder er selvforsynt. Det vil være et klart strategisk fortrinn å ikke være avhengig av andre staters militære teknologi. Slik selvstendig utvikling kan være en forutsetning for at Norge skal kunne utvikle kapasiteter som ikke allerede er en del av andre lands forsvar.

Kommisjonen uttaler at: *“The point here is that although Member States have a large degree of discretion in the definition of their essential security interests, they must be able to make a plausible case as to why a specific industrial capability is essential for their security interests.”*¹⁸⁷ Norge må vise til hvilke sikkerhetsinteresser som taler for at artikkel 123 skal kunne anvendes for å etablere en slik industriell kapasitet.

Ovennevnte situasjoner er eksempler på områder hvor det skal mindre til for å anvende artikkel 123, fordi det FSD er utilstrekkelig. Likevel må Norge godtgjøre hvilken sikkerhetsinteresse som tilsa at bruken av artikkel 123 var nødvendig.¹⁸⁸ Norge må også kunne godtgjøre at sikkerhetsinteressen ikke kunne bli ivaretatt ved å anvende FSD.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Arrowsmith (2011) s. 272

¹⁸⁶ St. prp. nr 73 (2011-2012) s. 1

¹⁸⁷ Guidance Notes security of supply (55)

¹⁸⁸ I.c.

¹⁸⁹ I.c..

4.4 I hvilken utstrekning kan det anskaffes "dual use"-varer med hjemmel i artikkel 123?

Som vi har sett i rettspraksis vil varer med både et sivilt og et militært anvendelsesområde i en viss utstrekning kunne anskaffes etter artikkel 123. Adgangen til å anvende artikkel 123 beror på hvilke tilfeller slike anskaffelser skal foretas etter FSD. Det presiseres at dual-use materiell, ved å ha et sivilt anvendelsesområde, i utgangspunktet befinner seg i grensen mellom det alminnelige innkjøpsdirektivet og FSD. Likevel kan det tenkes tilfeller hvor den militære delen av materiellet er så sensitiv eller uunnværlig at det er nødvendig å anvende artikkel 123.

FSD legger til grunn at selv om materiellet i utgangspunktet er for designet sivilt bruk, kan materiell som får et militært formål anskaffes etter FSD. Spørsmålet er om artikkel 123 kan anvendes i slike tilfeller.

Som lagt til grunn i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, se kapittel 2.2.1.5, kan artikkel 123 tas i bruk i tilfeller hvor materiellet har et sivilt anvendelsesområde, dersom materiellet var anskaffet for militære formål og materiellet er designet, utviklet eller vesentlig endret for det formålet.¹⁹⁰ Unntak må også være proporsjonalt.¹⁹¹

Artikkel 123 vil være mest relevant for tilfeller hvor deler av materiellet er å anse som svært sensitivt jf. kapittel 4.3.2. En del av materiellet kan da tilsi at hele materiellet må unntas. Imidlertid må hele anskaffelsen unntas kun i nødvendig utstrekning. Dersom det kan tenkes at materiellet kan deles opp, kan den sivile delen anskaffes etter det alminnelige innkjøpsdirektivet eller FSD, mens den sensitive delen unntas etter artikkel 123. I slike tilfeller skal det formodentlig mindre til for å anvende artikkel 123. Som ellers, må Forsva-

¹⁹⁰http://www.eurozamowienia.pl/wpis,46,ECJ_judgment_in_Insinooritoimisto_InsTiimi_Case_C-615_10_dual-purpose_equipment.en.html, C-615/10 premiss 44 og 46

¹⁹¹ C-615/10 premiss 45

ret kunne godtgjøre at unntak var nødvendig og at sikkerhetsinteressene ikke kunne blitt ivaretatt ved et mindre restriktivt tiltak.

5 Avsluttende bemerkninger

FSD innfører mekanismer som strekker seg langt og som gir statene mye fleksibilitet. Som behandlet i kapittel 4 vil vurderingstemaet for om artikkel 123 kan anvendes, bero på hvorvidt alternativet etter FSD er tilstrekkelig for å ivareta statenes sikkerhetsinteresser. Innføringen av FSD innebærer at terskelen for å kunne unnta anskaffelser med hjemmel i artikkel 123, blir hevet. Det presiseres at artikkel 123 er en begrenset unntaksrett¹⁹² som kun skal anvendes i klart definerte tilfeller.

Selv om EU har gjort flere grep for å skape et felleseuropeisk forsvarsmarked, blant annet ved å innføre et nytt forsvarsdirektiv, kan det tenkes situasjoner hvor statenes sikkerhetsinteresser ikke blir tilstrekkelig ivaretatt av FSD.

I disse tilfellene skal det mindre til for at Norge kan ta i bruk artikkel 123. Det er fortsatt opp til statene å vurdere hva som skal utgjøre deres sikkerhetsinteresser. Likevel må Forsvaret godtgjøre at anvendelsen av artikkel 123 er nødvendig, og konkret angi hvorfor sikkerhetsinteressene ikke vil bli ivaretatt etter FSD.

Utfordringen er at det er få autoritative rettskilder om grensedragningen.¹⁹³ For å få en klarere grense mellom unntaksretten og FSD må EU/EFTA-domstolen øke prøvingsintensiteten i tilfeller hvor domstolene mener praksis går for langt.

¹⁹² Sak C-222/84 premiss 26

¹⁹³ Forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse s. 5

6 Litteraturliste

Lover og forskrifter

- | | |
|------|---|
| 1992 | Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992. |
| 1998 | Lov om forebyggende sikkerhetstjeneste (sikkerhetsloven) av 20. mars 1998 nr. 10 |
| 1999 | Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 16 |
| 2006 | Forskrift om offentlige anskaffelser av 10. april 2006 nr. 402 |

Forarbeider

- | | |
|-----------------------------|---|
| St.prp. nr. 100 (1991-1992) | Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992 |
| St.meld. nr 38 (2006-2007) | Om Forsvaret og industrien – strategiske partnere |
| St.prp. nr 73 (2011-2012) | Om Et forsvar i vår tid |

Instrukser

- | | |
|------|--|
| 2008 | Anskaffelsesregelverket for Forsvaret av 13. mars 2008 nr. 317 |
|------|--|

Traktater

- | | |
|--------------|---|
| EU-traktaten | The Treaty on the European Union and the Treaty on the functioning of the European union nr. c38 30. March 2010 |
|--------------|---|

Direktiver

EC/dir 04/18	Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts
EC/dir 07/81	Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC

Nasjonale rettsavgjørelser

Rt. 2005 s. 1638

KOFA-avgjørelser

KOFA-sak 27/2003

KOFA-sak 134/2008

EU-domstolen

Case C222/84 Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary

Case C-414/97 Commission v Spania

Case C-337/06 Bayerischer Rundfunk and others v GEWA

Case C-337/05 Commission v Italian Republic

Case C-615/10 Insinööritoimisto InsTiimi Oy

Førsteinstansdomstolen

Case T-26/01 Fiocchi munizioni SpA, Lecco v Commission

Litteratur:

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.

EU Public Procurement Law: an Introduction. Arrowsmith, Sue. And others. 2011.

Artikler og publikasjonerPublic Procurement Law Review

Georgopoulos, Aris. *The New Defence Procurement Directive Enters into Force*. I: P.P.L.R. Issue 1 2010.

Heuninckx, Baudouin. *Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives*. I: P.P.L.R. Issue 1 2008, s. 1-20.

Georgopoulos, Aris. *The Commission's Interpretative Communication of the Application of Article 296 EC in the field of Defence Procurement*. I: P.P.L.R. Issue 3 2007, s. 43-52.

Andre

Erkki Aalto, Daniel Keohane m.fl. *Towards a European Defence Market*. Chaillot Paper n^o 113, november 2008 s. 13-47.

Trybus, Martin. *European Union Law and Defence Integration*. I Oxford: Hart 2005, s.140.

Trybus, Martin. *Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market*. I European Law Review. Issue 27, 2002 s. 692- 713.

Nettdokumenter

Extract of the Council decision 255/58 of 15 April 1958 the 1958-list, Brussel 26. november 2008 [http: http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st14/st14538-re04.en08.pdf](http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st14/st14538-re04.en08.pdf)
[sitert 3. mars 2013]

EU Kommissjonen: *Green Paper on Defence Procurement COM (2004) 608 final, the 1958-list*. Brussel 23. september 2004,
http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0608en01.pdf
[sitert 3. mars 2013]

Storbritannias veileder for forsvarsektoren: *The Defence and Security public Contracts Regulations*.
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/27654/dsPCR_chapter4_treaty_exempt7oct.pdf
[sitert 16. april 2013]

Piotr Kunicki: *ECJ judgment in Insinööri-toimisto InsTiimi (Case C-615/10) dual-purpose equipment*.
http://www.eurozamowienia.pl/wpis,46,ECJ_judgment_in_Insinooritoimisto_InsTiimi_Case_C-615_10_dual-purpose_equipment,en.html
[sitert 16. april 2013]

EDA statistics: EDAs statistikk:
http://www.eda.europa.eu/docs/documents/Additional_Defence_Data_2010
[sitert 22. mars 2013]

Tolkningsuttalelser o.l. fra departementer og Kommisjonen

Utenriksdepartementets vurdering av 12. november 2012. *"Nytt direktiv om forsvarsanskaffelser - Vurdering av forholdet til EØS-avtalen artikkel 123"*

Forsvarets tolkningsuttalelse av 19. september 2005: *"EØS-avtalen art. 123"*

Kommisjonens tolkningsuttalelse av 6. desember 2005: *"Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives", COM(2005) 626, Brussels 6 December 2005"*

Kommisjonen impact assessment	Commission staff working document, annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence of security.
-------------------------------	--

Kommisjonens Guidance notes:	Guidance Note, Field of application
	Guidance Note, Defence- and security-specific exclusions
	Guidance Note, Security of Supply
	Guidance Note, Security of Information